

المصلحة المرسلة وبعض التطبيقات الفقهية المعاصرة عليها

وراسة

من إخراج

الدكتور أحمد عبد الحي محمد

أستاذ الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

تقديم

الحمد لله رب العالمين، أحمدده سبحانه وأستعينه، وأستهديه، وأعوذ به تعالى من شر نفسي ومن سيئات عملي، وأصلي وأسلم علي خير خلقه، سيد الأولين والآخرين، سيدنا محمد، الذي أكرمه ربه فاصطفاه، واختاره واجتباها، وأعلى ذكره في أرضه وسماه، صلى الله عليه وعلي آله وصحبه الكرام البررة، ومن نهج نهجه وسار علي سنته وهديه إلي يوم الدين.

فما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والأجل، غير أن نصوصها العامة لم تستوعب تفصيلاً مصالح الناس جميعها بالاعتبار أو بالإلغاء، بل جاءت نصوصها باعتبار بعض المصالح، فأذنت أو أمرت بتحصيل أسبابها، وبالإلغاء بعضها الآخر، فمنعت من فعل أسبابها، ثم تركت ما يجد للناس دون بيان صريح اكتفاءً بالبيان الإجمالي الوارد في كثير من النصوص.

ومهمة العلماء إزاء هذه النصوص العامة هي البحث فيها عن الحكم الشرعي، لما يجد من نوازل، فما وجد له نظير فيما صرحت به النصوص ألحقه به بطريق القياس، وما لم يوجد له نظير فإتهم يعمدون إلي تطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية، فيحكمون المصالح وما يترتب عليها من نتائج، فما غلب نفعه غلب علي ظنهم إباحة الشارع له، وما غلب ضرره غلب علي ظنهم تحريم الشارع له، وذلك هو العمل بالمصالح المرسلة.

من هنا يبرز دور هذا الدليل الهام في بيان حكم الشرع في المستجدات والنوازل - خاصة التي تعم بها البلوى - علي أن أهمية هذا الدليل لا تقف عند حد بيان حكم الشرع ابتداءً في مسائل النوازل ، بل تتجاوز ذلك إلي دائرة الترجيح بين الآراء الفقهيّة المتعارضة في المسائل الفقهيّة القديمة، بحيث يحتكم إليه عند الترجيح عندما تختلف المذاهب الفقهيّة في حكم مسألة، ويكون العمل بأحد الآراء مؤدياً إلي تحقيق مصلحة حقيقية أو درء مفسدة حقيقية، فيرجح ذلك الرأي ويقدم علي غيره انطلاقاً من أن المصلحة من المرجحات التي يعتد بها.

ونحن من خلال هذا البحث نحاول أن نلقي الضوء علي هذا الدليل من خلال بيان ماهية المصلحة بصفة عامة، وأهم تقسيماتها، ثم نعرف بالمصالح المرسلّة، ونبين آراء أهل العلم في حجيتها - باختصار - ثم نذكر أهم الشروط التي يجب توافرها في المصلحة كي يستدل بها علي الأحكام الشرعيّة، ثم نتبع ذلك ببعض التطبيقات الفقهيّة المعاصرة للمصلحة. وستكون دراستنا لهذا الموضوع من خلال مبحثين، وخاتمة.

المبحث الأول: بيان ماهية المصالح، وآراء العلماء في اعتبارها دليلاً شرعياً

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في تعريف المصلحة.

المطلب الثاني: بيان مراعاة الشريعة للمصالح.

المطلب الثالث: أهم تقسيمات المصلحة.

المطلب الرابع: آراء العلماء في حجّية المصالح المرسلّة.

المطلب الخامس: شروط العمل بالمصالح المرسلّة.

المبحث الثاني: بعض التطبيقات الفقهيّة المعاصرة للمصلحة.

وفيه جملة من المطالب:

المطلب الأول: في مجال زراعة الأعضاء.

المطلب الثاني: في مجال تشريح جثث الموتى.

المطلب الثالث: رتق غشاء البكارة.

المطلب الرابع: كشف العورة لضرورة الفحص الطبي.

المطلب الخامس: الانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء.

المطلب السادس: إصدار القوانين، واشتراط توثيق العقود

خاتمة البحث وتتضمن أهم النتائج.

والله خير مسؤول أن يجنبنا الزلل، ويلهمنا الصواب، ويباعد بيننا

وبين الهفوات، وأن يكتب لهذا العمل القبول، اللهم أمين

المؤلف

أ.د / أحمد عبد الحي محمد

المطلب الأول

في تعريف المصلحة

١- المصلحة في اللغة: كالمنفعة وزناً ومعنى، تصح أن تكون مصدراً بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع، وتصح أن تكون اسماً للواحدة من المصالح كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع.

جاء في لسان العرب: (١) والمصلحة الصلاح، و المصلحة واحدة المصالح،

و الاستصلاح ضد الاستفساد، و أصلح الشيء بعد فساده أقامه.

وفي مختار الصحاح: (٢) و المصلحة واحدة المصالح، و الاستصلاح ضد الاستفساد.

وفي القاموس المحيط: (٣) الصلاح ضد الفساد ، صلح كمنع وكرم، وأصلحه ضد أقسده، والمصلحة واحدة المصالح، واستصلح ضد استفسد .

وفي المصباح: (٤) صلح بالفتح وصلح بالضم ضد فسد، وأصلح أتى بالصلاح، وهو الخير والصواب، وفي الأمر مصلحة أي خير.

فلما كانت المصلحة منفعة، والمفسدة مضرّة، وهما نقيضان لا يجتمعان كان دفع المضرّة مصلحة أيضاً، فدرء المفسدة من دلالات

(١) محمد بن مكرم بن منظور ج ٢: ص ٥١٧ دار صادر بيروت ط ١.
(٢) محمد بن أبي بكر الرازي ج ١: ص ١٥٤ مكتبة لبنان بيروت ١٩٩٥.
(٣) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ج ١/ ص ٢٩٣ مؤسسة الرسالة بيروت و
(٤) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مادة صلح، المكتبة العلمية بيروت.

المصلحة^(١)

وعلي هذا فالمراد بالمصلحة: ما يترتب علي الفعل مما يبعث علي الصلاح، فكل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل كاستحصاد الفوائد واللذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار، فإنه يسمى مصلحة^(٢)

٢- المصلحة في الاصطلاح:

للمصلحة عند علماء الأصول - القدامى والمعاصرين - تعاريف كثيرة نذكر منها ما يلي: ١ - من تعاريف القدامى نذكر تعريفين:

أ - تعريف الغزالي: يقول الغزالي: المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ثم يقول: ولسنا نعني بها ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكننا نعني بالمصلحة: المحافظة علي مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خمسة، أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة^(٣)

فقد فرق الغزالي بين الوضع اللغوي للمصلحة، وبين الوضع الشرعي لها، فهي في اللغة عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، أما في

^(١) المصلحة العامة من منظور إسلامي د فوزي خليل ص ٣٨، ٣٩، مؤسسة الرسالة دار المؤيد جدة ط ١١٤٢ هـ.

^(٢) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د محمد سعيد رمضان البوطي ص ٢٧ ط ٢٠٠٠/٦ م مؤسسة الرسالة.

^(٣) المستنصفى في علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي ج ١/ ص ١٧٤ ط ١ دار الكتب العلمية بيروت تحقيق محمد عبد السلام.

الشرع فهي المحافظة علي مقصود الشرع من الخلق وذلك بحفظ الكليات الخمس.^(١)

ويؤخذ علي تعريف الغزالي اقتصاره علي بعض المصالح، وهي المصالح المؤدية إلي المقصود الضروري، مع أن وسائل المقصود ليست محصورة في ذلك فهناك وسائل مؤدية إلي مقصود غير ضروري وهي من المصالح وذلك كالوسائل المؤدية إلي مقصود الشارع الحاجي أو التحسيني.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن الغزالي يريد المقصود الضروري بصورته الكاملة التامة لا الضروري المجرد، ولا شك أن كلاً من المقصود الحاجي والتحسيني مكمل ومتمم للضروري فيكون مراده بالضروري ما تضمن متماماته لأنه بدونه يكون عرضة للزوال^(٢)

ب - تعريف الشاطبي: ^(٣) عرفها بقوله: وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه

(١) قد يقال ليس بين المعنيين اللغوي والشرعي للمصلحة فرق ظاهر، لأن جلب المنفعة ودفع المضرّة هو عين مقصود الشرع، بل ليس هناك شيء يجلب مصلحة أو يدفع مفسدة إلا اندرج تحت مقصود الشرع، واتصل من قريب أو بعيد بأحد الأمور الخمسة. ويجب عن ذلك: بأن المصلحة عند الغزالي هي المحافظة علي مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس، لأن مقاصد الناس حين تخالف مقاصد الشارع لا تكون مصالح: بل أهواء وشهوات زينتها النفس وألبستها ثوب المصالح.

يراجع حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية د أحمد نراج حسين ص ٤، ٥ مؤسسة الثقافة الجامعية مصر ١٩٦٢م

(٢) رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية أد زين العابدين العبد ج ٢ ص ٤٤ ط ١ ٢٠٠٤ م دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة تأليف إبراهيم بن موسى اللخمي أبو إسحاق الشاطبي ج ٢/ص ٢٥، ٢٦ دار المعرفة بيروت تحقيق عبد الله دراز.

الشهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعماً على الإطلاق، وهذا في مجرد الاعتقاد لا يكون، لأن تلك المصالح مشوبة بتكاليف ومشاق، قلت أو كثرت، تقترن بها أو تسبقها أو تلحقها، كالأكل والشرب واللبس والسكنى والركوب والنكاح وغير ذلك، فإن هذه الأمور لا تنال إلا بكد وتعب، كما أن المفساد الدنيوية ليست بمفسد محضة من حيث مواقع الوجود، إذ ما من مفسدة تفرض في العادة الجارية إلا ويقترن بها أو يسبقها أو يتبعها من الرفق واللطف ونيل اللذات كثير.

فقد عرف الشاطبي المصالح بما يتفق ومقصود الشارع سواء أكانت في رتبة الضروري حيث أشار إلى ذلك بقوله: ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان، أم في رتبة الحاجي وأشار إليه بقوله: وتام عيشه، أم في رتبة التحسيني كما في قوله: ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعماً على الإطلاق.

كما أنه أضاف شيئاً جديداً، وهو أنه لا توجد مصلحة خالصة في هذه الدنيا، كما لا توجد مفسدة خالصة، فما من مصلحة إلا ويشوبها مفسدة، وما من مفسدة إلا وتشوبها مصلحة والعبرة للغالب.^(١)

٢ - ومن تعاريف المعاصرين نذكر تعريفين أيضاً:

أ - تعريف البوطي للمصلحة: ^(٢) عرفها بأنها: المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم

^(١) المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي د محمد أحمد بو ركاب ص ٢٨ ط ١ سنة ٢٠٠٢م دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية دبي.

^(٢) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د محمد سعيد رمضان البوطي ص ٢٧.

وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينهم. ويلاحظ علي التعريف أنّه قريب من تعريف الغزالي.

ب - تعريف بوركاب: عرفها بقوله هي: كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، أو كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط معينه ، فقوله قصدها الشارع يشمل المصالح المعتبرة التي شهدت النصوص الخاصة لعينها أو لنوعها ، وقوله أو كانت ملائمة لمقصوده يشمل المصالح المرسلّة التي شهدت مجموع النصوص أو القواعد الكلية لجنسها.(^١)

(^١) المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي د محمد أحمد بو ركاب ص ٣٠ .

المطلب الثاني

مراعاة الشريعة للمصالح

إذا رجعنا إلى الأحكام الشرعية بمصدرها الرئيسيين - الكتاب والسنة - يظهر لنا جلياً أن الشريعة الإسلامية هدفت إلى تحقيق مصالح الناس وجلب الخير لهم، ودفع الأذى والمفسدة عنهم - وهذا من فضل الله وكرمه - فالأحكام المطلوب فعلها، فيها مصلحة للفرد أو للجماعة أو للأمة ، والأحكام المطلوب تركها فيها ضرر، فالأولي يجب فعلها والثانية يجب تركها.

وبناء عليه فما من حكم إلا وقد قرر لرعاية مصلحة أو درء مفسدة، وإخلاء العالم من الشرور والآثام، مما يؤكد أن الشريعة تستهدف تحقيق مقصد عام ألا وهو إسعاد الفرد والجماعة وحفظ النظام وتعمير الدنيا، فالتشريع كله جلب مصالح ، فما طلبه الشارع محقق للمصلحة إما عاجلاً أو أجلاً، وما نهى عنه فهو مشتمل على المفساد والمضار.

يقول العز بن عبد السلام: (١) والشريعة كلها مصالح، إما تدرأ مفسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: ((يا أيها الذين آمنوا)) فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه، أو شراً يزجرك عنه، أو جمعاً بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفسد، حثاً على اجتناب المفسد، وما في بعض

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام تأليف أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي ج ١/ص ٩٠ دار الكتب العلمية بيروت.

الأحكام من المصالح حتّى على إتيان المصالح.

ويقول الشاطبي: (١) وضع الشرائع إنّما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً.

ويقول ابن تيمية: (٢) الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان، ومطلوبها ترجيح خير الخيرين إذا لم يمكن أن يجتمعا جميعاً، ودفع شر الشرين إذا لم يندفعا جميعاً.

ويقول البوطي: (٣) جميع أحكامه سبحانه وتعالى متكفلة بمصالح العباد في

الدارين، وأن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم، بل قد تم إجماع الفقهاء على ذلك.

أدلة مراعاة الشريعة للمصالح:

هناك أدلة كثيرة على أن الشريعة راعت المصالح نذكر منها:

١ - من القرآن: قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ)) (٤) فقد جعل ما يدعو إليه الله سبحانه ورسوله سبباً للحياة، وإنّما المراد بالحياة هنا الحياة الكاملة، فذلك ما تقتضيه صيغة يحييكم وتستلزمه ضرورة المعنى، ولا تتم الحياة

(١) الموافقات ج ٢/ص ٦.

(٢) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية للبعلي ص ٣٨٣ ط السنة المحمدية بمصر ١٢٨٦.

(٣) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٧٩.

(٤) الأنفال من الآية ٢٤.

الكاملّة للإنسان إلا إذا تمت له السعادة في شطريها الدنيوي والأخروي.

وقوله تعالى ((وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ)) (١)

ذم الله تعالى قوماً اتصفوا بتلك الصفات، فلزم أن يكون كل متصف بها مستوجباً للذم، فإذا كان إهلاك الحرث والنسل، وهو عبث بأهم ما تقوم عليه معاش الناس ومصالحهم سبباً للذم، علمنا أن الله قد جعل المحافظة على مصالح الناس وما به قوام حياتهم وسعادتهم هو ميزان الصدق والكذب في السير على تعاليم الإسلام (٢)

٢- ومن السنة قوله - صلى الله عليه وسلم - ((لا ضرر ولا ضرار)) (٣)

فالضرر هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره، والضرار أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، وهذه قاعدة كبرى أغلق بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - منافذ الضرر والفساد أمام

(١) البقرة آيتي ٢٠٤، ٢٠٥.

(٢) يراجع ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٧١، المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي د محمد أبو ركاب ص ٥٤، التفسير الكبير ج ٥/ص ١٦٨.

(٣) المستدرک علی الصحيحین ج ٢/ص ٦٦ لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٠م ط١ تحقيق محمد عبد القادر عطا. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، والبيهقي في السنن الكبرى لأحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي مكتبة دار الباز، مكة تحقيق محمد عبد القادر ج ٦/ص ٦٩ عن أبي سعيد الخدري وقال: تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي، والموطأ لمالك بن أنس الأصمعي، دار إحياء التراث العربي مصر تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج ٢/ص ٧٤.

المسلمين، فلم يبق في تشريع الإسلام إلا كل ما فيه صلاحهم في دنياهم وآخرتهم.^(١)

وهناك أدلة كثيرة غير ما ذكرنا يحصل من عمومها اليقين أن جلب المصالح ودفع المفاسد من مقاصد الشريعة الإسلامية.

المراد بالمصلحة التي راعتها الشريعة

إذا كانت الشريعة قد قصدت إلى تحقيق مصالح الناس، فإنه لا ينبغي أن ينظر إلى المصلحة علي أنها لذة موافقة لهوى النفوس، محصلة لرغباتها المادية، وإلا لانفتح علي الناس باب من الشر والفساد^(٢)، فالرغبات مختلفة والأهواء متنازعة، والتشريع لا يخضع لهوى النفوس لما في ذلك من الفساد البين، يقول الله تعالى: (وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ) {^(٣) بل يجب أن ينظر إليها من حيث تقام الحياة الدنيا للآخرة، علي معنى أنها شرعت لانتظام أمر الدنيا بدفع العدوان والظلم فيها، وتقييد النفوس بكبح جماحها والحد من شهواتها.

يقول الشاطبي: ^(٤) المصالح المجتنبه شرعا والمفاسد المستدفة، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من

^(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٧٤.

^(٢) فالربا والغصب والزنا وشرب الخمر كلها أفعال نافعة - في نظر فاعلها - إذ يرى أنها تحقق له لذة أو منفعة - وقتية عاجلة - لكن الشرع حرّمها، لأنها تعود بالضرر علي الفرد وعلي المجتمع.

^(٣) المؤمنون آية ٧١.

^(٤) الموافقات ج ٢/ص ٣٧.

حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية.

ويقول البوطي: (١) إن تقدير ما به يكون الصلاح والفساد عائد إلي الشريعة نفسها، ولقد وضعت الشريعة الأسس العامة لهذه المصالح في بيان لا يلحقه أي تبديل أو نسخ، وأجملته في خمسة مقاصد هي: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، كما أرشدت إلى الأدلة التفصيلية لها بما لا يقبل أي تأويل أو تغيير، وهي ألا تخالف جزئياتها نصوص الكتاب والسنة، أو القياس الصحيح.

ثم يقول: وبناء على ذلك فإن كل ما يتوهمه الناس مصلحة مما يخالف تلك الأسس العامة في جوهرها، أو الترتيب فيما بينها، أو يخالف دليلاً من الأدلة المذكورة فهو ليس من المصلحة في شيء، وإن توهم متوهم ذلك.

كما أن ما يقع من تكاليف قد يبدو في ظاهرها ضرر، كالحُدود والتعزيرات الشرعية والجهاد وغيرها من التكاليف التي فيها مشقة، ولكنها مقصودة ومطلوبة للشارع، فهي في حقيقتها مصلحة أو تؤدي إلي مصلحة، لأنها شرعت لحماية مصلحة تفوق في نفعها تلك المشقة (٢)

ومما ينبغي التأكيد عليه أنه ما من شيء يحقق نفعاً خالصاً، أو ضرراً خالصاً، بل كل فعل يترتب عليه نفع وضرر، والحكم للغالب منهما، فما غلب نفعه كان نافعاً فيعد مصلحة، وما غلب ضرره كان

(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٢٠.

(٢) المصلحة العامة من منظور إسلامي د فوزي خليل ص ٨١.

ضاراً، يشير إلى ذلك قوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا﴾^(١)

ومن يستقرى الشريعة فيما جاءت به من أحكام يجدها لم تمنع إلا ما غلب ضرره، وما عدا ذلك فهو إما مأمور به أو مباح، كما يظهر له أن نصوصها لم تفصل إلا أحكام الأفعال التي لا تتغير مصالحها ولا تختلف باختلاف الأزمان والبيئات^(٢).

^(١) البقرة من الآية ٢١٩.

^(٢) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ١/٢٨٣، ٢٨٤ دار النهضة العربية بيروت.

المطلب الثالث

أهم تقسيمات المصلحة

قسم علماء الأصول المصالح تقسيمات عدة وفق اعتبارات مختلفة، وأهم هذه التقسيمات:

أ - تقسيمها من حيث ذاتها - أي من حيث مناسبتها لشرع الأحكام.

ب - تقسيمها من حيث اعتبار الشارع أو عدم اعتباره لها.

أقسام المصالح من حيث ذاتها.

تنقسم المصلحة بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام:

١ - مصالح ضرورية:

وهي كما يقول الشاطبي: المصالح التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين. (١)

والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم.

(١) الموافقات ج ٢/ص ٨.

ويقول الغزالي: (١) ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح.

والضروريات خمسة هي: حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل. (٢) و الأحكام والتكاليف الشرعية إنما شرعت لحماية هذه المصالح الضرورية في جانب الوجود، وفي جانب العدم.

فالدين شرع لحفظه في جانب الوجود — أي من حيث إيجاده وإقامته — وجوب الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر، وتشريع العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج ونحو ذلك، كما شرع لحفظه في جانب العدم — أي للمحافظة عليه بعد وجوده — الجهاد، وحد الردة، والتعزيرات، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر...

والنفس شرع لحفظها في جانب الوجود وجوب تناول الضروري الذي تحفظ به الحياة من الطعام والشراب، وكل ما يتوقف عليه بقاء الحياة وصون الأبدان، كما شرع لحفظها في جانب العدم أحكام القصاص والديات....

والنسل أو النسب شرع لحفظه في جانب الوجود النكاح، والنفقات، وفي جانب العدم شرع لحفظه تحريم الزنا، وإقامة الحد علي الزاني.

(١) المستصفى ج ١/ص ١٧٤.

(٢) الموافقات ج ٢/ص ١٠.

والمال شرع لحفظه في جانب الوجود كل ما يؤدي إلي تنميته واستثماره ، فأباح البيع والشراء والمشاركة ونحوها، وفي جانب عدم حفظه بتشريع حد السرقة، وإيجاب الضمان، وتحريم الغش والرشوة والغصب والربا، وكل ما يؤدي إلي أكل المال بالباطل.

والعقل شرع لحفظه في جانب الوجود الحث علي التفكير والنظر في الوجود لاستخلاص العبر، وفي جانب عدم تحريم المسكرات، وكل ما يضر به، وتشريع العقوبة لها. (١)

٢ - مصالح حاجية:

وهي التي تسهل علي الناس حياتهم، وترفع الحرج والمشقة عنهم، فهي ترجع في جملتها إلي تيسير التعامل بين الناس، والترخيص بأحكام تخفف المشقات وترفع الحرج ، فإذا اختلت كلها أو بعضها وقعوا في الحرج، ولحققتهم المشقة، دون أن يختل نظام حياتهم. (٢)

يقول الشاطبي: (٣) وأما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل علي المكلفين علي الجملة الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة، وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات .

(١) أنظر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي د مصطفى ديب البغا ص ٢٩ ، ٣٠ دار الإمام البخاري دمشق سوريا، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ٣٩ ، ٤٠ ، الإبهاج في شرح المنهاج تأليف علي بن عبد الكافي السبكي وولده علي منهاج الوصول إلي علم الأصول للبيضاوي ج ٣/ص ٥٥ ط ١ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٤هـ.

(٢) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٨٦/١.

(٣) الموافقات ج ٢/ص ١٠ ، ١١ .

ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلى حقوق المشقة بالمرض والسفر، وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال مأكلاً ومشرباً وملبساً ومسكناً ومركباً، وما أشبه ذلك، وفي المعاملات كالقراض، والمساقاة، والسلم، وفي الجنايات كالحكم بالقسامة وضرب الدية على العاقلة، وتضمين الصناع، وأشباهها.

ويقول الغزالي: (١) الرتبة الثانية: ما يقع في رتبة الحاجات من المصالح والمناسبات، كتسليط الولي على تزويج الصغيرة والصغير، فذلك لا ضرورة إليه، لكنه محتاج إليه في اقتناء المصالح وتقييد الأكفاء خيفة من الفوات واستغناءً للصالح المنتظر في المال. (٢)

٣ - مصالح تحسينية:

ومعناها كما يقول الشاطبي: (٣) الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات، التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق. فهي التي تجمل بها الحياة وتكمل، ولا يترتب علي فواتها خلل في نظام الحياة، ولا حرج، ولا مشقة، بل تصير الحياة غير طيبة. (٤) وهي جارية في العبادات كإزالة النجاسة، وبالجمل الطهارات كلها، وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات، وأشباه ذلك. وفي العادات كآداب الأكل

(١) المستصفى ج ١/ص ١٧٥.

(٢) ويراجع نفس المعنى في المحصول في علم الأصول تأليف محمد بن عمر بن الحسين الرازي ج ٥/ص ٢٢٢ ط تحقيق جابر فياض، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض ١٤٠٤ هـ.

(٣) الموافقات ج ٢/ص ١١.

(٤) ويراجع نفس المعنى في أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شليبي ٢٨٦/١.

والشرب، ومجانبة المآكل النجاسات، والمشارب المستخبثات، والإسراف. وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكلأ. إلى غير ذلك من المصالح التحسينية.^(١)

تنبيهات: في نهاية هذا التقسيم للمصلحة باعتبار ذاتها ننبه إلى ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن الله سبحانه قد اقتضت حكمته أن يلحق بكل نوع من المصالح الثلاث - الضروري والحاجي والتحسيني - أحكاماً تعد مكملة له، أسماها علماء الأصول التتمات أو المكملات.

يقول الغزالي:^(٢) المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضرورات، وإلى ما هي في رتبة الحاجات، وإلى ما يتعلق بالتحسينات والترميزات، وتتقاعد أيضاً عن رتبة الحاجات، ويتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجري منها مجرى التكملة والتتمة لها.

ويقول الشاطبي:^(٣) كل مرتبة من هذه المراتب ينضم إليها ما هو كالتتمة والتكملة مما لو فرضنا فقدّه لم يخل بحكمته الأصلية، فأما الأولى - يقصد تتمة الضروريات - فنحو التماثل في القصاص فإنه لا تدعو إليه ضرورة ولا تظهر فيه شدة حاجة ولكنه تكميلي، وأما الثانية - يقصد تتمة الحاجيات - فكالجمع بين الصلاتين في السفر الذي تقصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذي يخاف أن يغلب على

^(١) (راجع نفس المعنى في المحصول ج ٥/ص ٢٢٢، الإبهاج ج ٣/ص ٥٦، حجية المصالح المرسلّة في استنباط الأحكام الشرعيّة ص ١٧-١٩).

^(٢) (المستصفى ج ١/ص ١٧٤).

^(٣) (الموافقات ج ٢/ص ١٢، ١٣).

عقله فهذا وأمثاله كالمكمل لهذه المرتبة إذ لو لم يشرع لم يخل بأصل التوسعة والتخفيف، وأما الثالثة - يقصد تنمة التحسينيات - فكآداب الأحداث ومندوبات الطهارات والإنفاق من طيبات المكاسب، وما أشبه ذلك .

الأمر الثاني: أن هذه الأقسام ليست متباينة، أو منفصلة بل هي متصلة ومتشابهة، ويكمل كل منها الآخر، فالحاجيات كالتنمة للضروريات، وكذلك التحسينات كالتكملة للحاجيات .

الأمر الثالث: في الترجيح بين المصالح يقدم الضروري علي الحاجي والحاجي علي التحسيني، كما يقدم مكمل الضروري علي الحاجي، ومكمل الحاجي علي التحسيني^(١)

أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع أو عدم اعتباره لها.

تنقسم المصالح بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام.^(٢)

القسم الأول: المصالح المعتبرة: ويراد بها المصالح التي اعتبرها

^(١) (يراجع ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٢١٨ - ٢٢٠ ، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ٤٤ ، حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٢٢، ٢٣ ، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة دراسة تأصيلية تطبيقية د مسفر بن علي القحطاني ص ٥٤٤ دار ابن حزم بيروت ط ١، ٢٠٠٣ ..

^(٢) (تقسيم المصالح من حيث ذاتها إلي هذه الأقسام الثلاثة هو ما ذهب إليه جل علماء الأصول قديماً وحديثاً، غير أن الدكتور قطب سائو يري ضرورة تجاوز هذا التقسيم، وتقسيمها إلي: مصالح منصوص عليها ويسمى المصالح الأصلية أو المصلحة الأصل، ويدخل في هذا القسم المصالح المعتبرة والملغاة حيث يشتركان في وجود نص معين في شأنهما - يحقق مصلحة أو يدفع مفسدة - وإلي مصالح غير منصوص عليها ويسمى مصالح فرعية أو مسكوت عنها، وهذا القسم هو ما يسمى بالمصالح المرسلة، وهي التي لم يرد نص صريح معين في شأنها، وكلا القسمين يتضمنان جنب المصالح ودفع المفسد، فالمعتبر في هذا التقسيم هو ورود نص معين، أما عدم وروده في شأن المصلحة. يراجع المصالح المرسلة مفهومها ومجالات توظيفها وتطبيقاتها المعاصرة ص ١٠، ١١ ط ١، دار ابن حزم بيروت، ٢٠٠٦ م.

الشارع بنص أو إجماع، أو بترتيب الحكم علي وفقها في صورة بنص أو إجماع^(١) أو بمعنى آخر هي: كل مصلحة ثبت الحكم المؤدي إليها بالنص أو بالإجماع أو بالقياس الذي كانت العلة فيه معتبرة بالنص أو بالإجماع.

ومن أمثلة المصالح المعتبرة بالنص: حفظ العقل فهو مصلحة معتبرة رتب الشارع تحريم الخمر عليها حفظاً للعقل، فيقاس عليه في التحريم كل مسكر من مشروب ومأكول.

أما المصلحة التي اعتبرت بدلالة الإجماع فمثالها تعليل ولاية المال علي الصغير بالصغر.

وهذا القسم من المصالح لا خلاف في حجتيه، والتعليل به وتعدية أحكامه إلي غير محال النصوص، إذ يرجع حاصل المصلحة فيه إلي القياس^(٢)

القسم الثاني: المصالح الملغاة:

ويراد بها كل مصلحة ألغاهما الشارع، وشهد لها بالبطلان نص أو إجماع.

^(١) المستصفي ج ١/ص ١٧٣، ويراجع: روضة الناظر وجنة المناظر لأحمد بن محمد بن قدامة ج ١/ص ١٦٩، ط ٢ جامعة الملك محمد بن سعود ١٣٩٩ هـ الأحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الأمدي ج ٣/ص ٣١١ دار الكتاب العربي ١٤٠٤ هـ تحقيق د سيد الجميلي.

^(٢) المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ٣١، ٣٢، حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٣١-٣٦، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية ج ١ ص ٢١٠، أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٨٦/١.

أوهي المصلحة المترتبة علي حكم قام الدليل علي أن العلة الموجبة له ملغاة. (١)

ومن أمثلة تلك المصالح:

أ — القول بالتسوية بين الأخ وأخته في الميراث بجامع الأخوة بينهما، ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها في أعباء الحياة، فساوت الابن من هذه الجهة، فهذا المعنى قد ألغاه الشارع بنص قوله تعالى ((وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رَجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)) (٢).

ب — الانتحار: فإنه قد يجلب لصاحبه مصلحة وهي التخلص من ألم المرض، أو من ظلم ظالم، فمثل هذه المصلحة قد ألغاهما الشارع بالنص الصريح، يقول الله جل شأنه ((وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عَذَابًا وَظَلَمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا)) (٣) ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل نفسه بحديدة فحديده في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا، ومن شرب سماً فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدًا مخلدًا فيها أبدًا (٤).

(١) تراجع المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ٣٤، ٥٥، رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجة ج ١ ص ٢١٠ - ٢٢١، تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه ج ٣ ص ٣١٤ ط دار الفكر بيروت.
(٢) النساء من الآية {١٧٦} وتراجع المصلحة العامة من منظور إسلامي ص ٩٦.
(٣) النساء أيتي ٢٩، ٣٠.
(٤) صحيح مسلم تأليف مسلم بن الحجاج النيسابوري ج ١ ص ١٠٣، دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، صحيح ابن حبان ج ١٣ ص ٣٢٥، مؤسسة الرسالة

ج - المصلحة التي تترتب علي عقود الربا، فإنها ملغاة لقيام الأدلة علي منع الربا، يقول الله تعالى ((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)) (١).

د - صوم الملك عن كفارته لمشiquته - أي الصوم - بخلاف إعتاقه، فإنه سهل عليه، والصيام مع القدرة علي الإعتاق مخالف للنص.

فهذا القسم معلوم الإلغاء (٢)

والذي ينبغي ملاحظته، هو أن الشارع لم يُلغِ المصلحة علي أنها مصلحة بل لما يخالطها من مفسدة تربو عليها، أو لتحصيل مصلحة أخرى أعظم نفعاً منها. (٣)

وهذا النوع من المصالح لا خلاف علي رده، وعدم اعتباره، وعدم التعليل به، و بناء الأحكام عليه، وإن ظهر للعقل صلاح فيه، وذلك لأن العبرة في المصلحة أو المفسدة بما يراه الشارع الحكيم لا بما يراه الناس، قال تعالى: (وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنْ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ) (٤)، ولأن الشارع حين ألغاهما ولم يعتبرها، فإنما ألغاهما نظراً لما فيها من المفسدة الراجحة، ومن ثم اعتبرها مفسدة خالصة.

وبناءً عليه: لو أن الشارع نص علي حكم واقعة لمصلحة استأثر بعلمها، ثم بدا لبعض الناس فيها حكماً مغايراً لمصلحة توهموها، فإن

بيروت ١٩٩٣ هـ ط ٢ تحقيق شعيب الأرناؤوط، سنن الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن

ج ٢/ص ٢٥٢، دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٧ هـ ط ١ تحقيق زمري.

(١) البقرة من الآية ٢٧٥.

(٢) تيسير التحرير ج ٣/ص ٣١، روضة الناظر ج ١/ص ١٦٩.

(٣) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٨٧/١.

(٤) المؤمنون آية {٧١}.

هذا الحكم يكون مرفوضاً لمناقضته حكم الشرع.^(١)

القسم الثالث: المصالح المسكوت عنها، أو المصالح المرسلّة:

عرفها أكثر علماء الأصول بأنها: التي سكّنت عنها شواهد الشرع فلم تتعرض لها بالاعتبار ولا بالإلغاء، بمعنى أنه ليس هناك نص أو إجماع يشهد بالاعتبار لنوع هذه المصالح ولا لجنسها، كما أنه لا يوجد نص ولا إجماع يشهد لها بالإلغاء.

يقول الغزالي في المستصفي: ^(٢) المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام: قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد لبطلانها، وقسم لم يشهد له من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين.

أما ما شهد الشرع لاعتبارها فهي حجة، وما شهد بإلغائها فليست بحجة اتفاقاً وما لم يشهد لها بالاعتبار أو الإلغاء فهي في محل النظر.

ويقول محمد أمين ^(٣): هذا القسم المسمى بالمصالح المرسلّة لإطلاقها عما يدل على اعتبارها أو إلغائها.

فهذه الأقوال تتفق على أن المصالح المرسلّة هي: التي سكّنت الشارع عن اعتبارها أو إلغائها.

لكن هذا المعنى للمصلحة المرسلّة محل نظر، كما يقول الدكتور

^(١) حجية المصالح المرسلّة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٣٩.

^(٢) ج ١/ص ١٧٣، ١٧٤.

^(٣) تيسير التحرير ج ٣/ص ٣١٥.

قطب سانو (١) لأنه لا يصح العمل بهذا المناسب إذا لم يكن ثمة أصل من أصول الشريعة يشهد له بالاعتبار أو بالإلغاء، لهذا فهو يفضل تعريف الإمام الشاطبي للمصلحة المرسلّة حيث تجاوز فيه إطلاق نفي وجود أصل للمناسب المرسل، ونص علي نفي وجود أصل معين لهذا المناسب.

يقول الشاطبي: (٢) المصالح المرسلّة يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياساً، بحيث إذا عرض على العقول تلقته بالقبول.

فقول الشاطبي: لم يشهد له أصل معين، يدل على وجود أصل ما لهذا المناسب، غير أنه أصل غير معين ولا مباشر، أي ليس أصلاً منصوباً عليه نصاً صريحاً.

وبناءً على تعريف الشاطبي يكون الفرق بين المصالح المعتمدة، وبين المصالح المرسلّة، هو أن المصالح المعتمدة ورد في شأنها نص معين خاص بها، أما المصالح المرسلّة فلم يرد في شأنها نص معين وخاص، ولكن النص الوارد في المعتمدة يشملها بطريق غير مباشر (٣).

وقد حذا حذو الشاطبي بعض العلماء المعاصرين، فهذا هو البوطي يعرفها بأنها: كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع دون أن

(١) المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته المعاصرة ص ١٢.

(٢) الاعتصام لأبي إسحاق الشاطبي ج ٢/ ص ١١١ المكتبة التجارية الكبرى مصر.

(٣) المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته المعاصرة ص ٩٠.

يكون لها أو لجنسها القريب شاهد بالاعتبار أو الإلغاء^(١) وقريب منه تعريف الدكتور ساتو لها بأنها : التي لم يرد في شأنها نص معين خاص مباشر باعتبارها أو إلغائها، ولكنها مشمولة بنصوص الشرع ومقاصده الكلية، ومشمولة أيضاً بالنصوص الخاصة الواردة في المصالح المعتبرة.^(٢)

المطلب الرابع

آراء العلماء في حجية المصالح المرسلة.

تبين لنا مما سبق أن المصالح المعتبرة حجة بلا خلاف، كما أن المصالح الملغاة ليست حجة أيضاً بلا خلاف، وأن الخلاف إنما هو في حجية المصالح المرسلة، لهذا وجب بيان أقوال أهل العلم في حجيتها بإيجاز.

الخلاف في حجية المصالح المرسلة:

من أهل العلم من يحصر الخلاف في حجيتها في ثلاثة أقوال^(٣) ومنهم

(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٢٨٨، وقريب منه ما جاء في المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي للصابوني وآخرين ص ١٣١ مكتبة وهبه عابدين القاهرة. وكذلك ما جاء في حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية د أحمد فراج ص ٧٤.

(٢) المصالح المرسلة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته المعاصرة ص ١٢، حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٧٤.

(٣) من هؤلاء الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف في البرهان في أصول الفقه ج ٢/ص ٧٢١ دار الوفاء المنصورة مصر ١٤١٨ هـ ط ٤ حيث يقول: اختلف العلماء المعتبرون والأئمة الخاضعون في الاستدلال، فذهب القاضي وطوائف من متكلمي الأصحاب إلى رد الاستدلال وحصر المعنى فيما يستند إلى أصل، وأفرط الإمام مالك في القول بالاستدلال فرئى يثبت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة، والمعاني المعروفة في

من يحصره في أربعة أقوال^(١)

بل منهم من يعد الأقوال ستة^(٢) ومنهم من يردها إلي قولين^(٣) وبإمعان النظر في هذه الأقوال نجد أنه يمكن ردها إلي قولين، وذلك لما يأتي:

من قال: يعمل بالمصلحة ولو عارضها نص أو إجماع، وهو منسوب إلي الطوفي، فقوله غير معتبر عند أهل العلم، فلم يثبت أن قال به أحد قبله، كما لم يعمل به أحد بعده، إلا بعض من لا يعتد بهم ممن ناصره، ممن تكلم في الأصول من بعض المعاصرين^(٤)

= الشريعة، وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى اعتماد الاستدلال، وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النأي والبعد والإفراط، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقا، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول، قارة في الشريعة.

^(١) من هؤلاء الشاطبي في الاعتصام ج ٢/ص ١١١ ص ١١٢، حيث يقول: القول بالمصالح المرسلّة ليس متفقا فيه: بل قد اختلف عليه أهل الأصول على أربعة أقوال: فذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى: رده، وأن المعنى لا يعتبر ما لم يستند إلى أصل، وذهب مالك إلى: اعتبار ذلك وبني الأحكام عليه على الإطلاق، وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى: التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح، لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة، هذا ما حكى الإمام الجويني، وذهب الغزالي إلى: أن المناسب إن وقع في رتبة التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين، وإن وقع في رتبة الضروري فميله إلى قبوله لكن بشرط، قال: ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، واختلف قوله في الرتبة المتوسطة وهي رتبة الحاجي فردّه في المستصفي وهو آخر قوله، وقبله في شفاء الغليل، وإذا اعتبر من الغزالي اختلاف قوله فالأقوال خمسة.

^(٢) (راجع رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان من حيث الحجية : ٢٦٢-٢٥٥/١

^(٣) جاء في الإحكام للأمني ج ٤/ص ١٦٧: القسم الثالث: وهو المعبر عنه بالمناسب المرسل وهذا أوان النظر فيه، وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به، وهو الحق، إلا ما نقل عن مالك: أنه يقول به مع إنكار أصحابه لذلك عنه، ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية، الحاصلة قطعا، لا فيما كان من المصالح غير ضروري ولا كلي، ولا وقوعه قطعي.

^(٤) (رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان من حيث الحجية ١/٢٦٢، ٥٥٩).

وأما ما نسب إلي الإمام مالك من أنه يعمل بالمصلحة في جميع صورها وأفرادها، من غير فرق بين نوع ونوع، وسواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية، قربت من المصالح التي دلت عليها النصوص المعينة، أم بعدت طالما، ثبت اعتبار الشارع لجنسها البعيد ^(١) فهو غير صحيح، حيث رده علماء المالكية الذين هم أعرف بمذهب إمامهم.

يقول الشاطبي في الاعتصام ^(٢) فإن المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق، من جلب المصالح ودرء المفسد، على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى، بل يرده كان مردوداً باتفاق المسلمين.

وأما قول الغزالي: إنه يعمل بالمصلحة إذا كانت في رتبة المصالح الضرورية، أو الحاجية، ولا يعمل بها إذا كانت تحسينية، فيرد: بأن المصلحة التي تتوافر فيها هذه الشروط تعد من قبيل المصالح المعتبرة المعمول بها عند الجميع، فهي خارجة عن دائرة المصالح المرسلّة إذاً.

يقول الدكتور محمد مصطفى شلبي ^(٣): وهذا المذهب بقيوده يصور هذا النوع من المصالح بصورة نادرة، إذ ينذر أن توجد مصلحة كذلك لم يعتبرها الشارع فهي عند التحقيق تخرج عن قسم المرسلّة، وقد صرح غير واحد من الأصوليين أنها بهذه القيود ليست من

^(١) جمع الجوامع لابن السبكي ٢٨٤/٢ مطبعة البابي الحلبي، مصر، الإحكام للأمني ج ٤/ص ١٦٧، الاعتصام ج ٢/ص ١١١، البرهان في أصول الفقه ج ٢/ص ٧٢١.

^(٢) ج ٢/ص ١١٣، كما يراجع شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٦.

^(٣) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ١/ ٢٩٠.

المصالح المتنازع فيها فهي موضع وفاق.

أما القول: بقبولها إن كانت قريبة من الأصول الثابتة، وكذلك القول بقبولها إن كانت ملائمة لتصرفات الشارع ولم تعارض أصلاً، فيمكن جعلهما قولاً واحداً يتمثل في: قبولها إن كانت ملائمة لتصرفات الشارع، سواء قربت هذه الملائمة أم بعدت، وبهذا تكون الأقوال في حجية المصالح المرسلّة قد انحصرت في قولين:

القول الأول: يمنع الاحتجاج بالمصالح المرسلّة بإطلاق.

القول الثاني: يجيز العمل بها، وإن اختلف القائلون به في الكيفية والضوابط^(١)

تضارب النقول في حجية المصالح المرسلّة:

تجمع كتب الأصول على أن هناك خلافاً في حجية المصالح المرسلّة، غير أن مؤلفي هذه الكتب تضاربت أقوالهم في نسبة الأقوال إلى الأئمة، ففي حين ينسب البعض القول بعدم حجيتها إلى جمهور أهل العلم كما فعل الآمدي^(٢) وابن قدامة^(٣) وغيرهما، نجد البعض الآخر ينسب القول بحجيتها إلى الأئمة جميعاً كما فعل القرافي^(٤)

^(١) تراجع المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ١٠١، رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان من حيث الحجية ج ١ ص ٢٧٥.

^(٢) ففي الإحكام ج ٤/ص ١٦٧: القسم الثالث وهو المعبر عنه بالمناصب المرسل، وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به، وهو الحق، إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به مع إنكار أصحابه لذلك عنه.

^(٣) يقول في روضة الناظر ج ١/ص ١٦٩، ١٧٠: الثالث ما لم يشهد له بإبطال ولا اعتبار معين، وهذا على ثلاثة ضروب، أحدها: ما يقع في مرتبة الحاجات.... الثاني: ما يقع موقع التحسين والتزيين ورعاية حسن المناهج في العبادات والمعاملات... فهذان الضربان لا نعلم خلافاً في أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل، فإنه لو جاز ذلك كان وضعاً للشرع بالرأي، ولما احتجنا إلى بعثة الرسل، ولكان العامي يساوي العالم في ذلك، فإن كل أحد يعرف مصلحة نفسه.

^(٤) حيث قال: وأما المصلحة المرسلّة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تتبعنا المذاهب - = وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهداً بالاقتدار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلّة، فهي حينئذ في جميع المذاهب. تراجع: شرح تنقيح الفصول للقرافي تحقيق طه عبد

وكما فعل ابن دقيق العيد فيما نقله عنه الشوكاني^(١).

وبتتبع ما جاء في كتب الأصول من أقوال يتبين لنا أن الاختلاف في نسبة القول بحجية المصالح، أو عدم حجيتها إلى هؤلاء الأئمة يعود إلى اختلافهم في بيان المراد بالمصالح المرسلّة.

فمن فسرّها بأنّها: التي لا أصل لها، أي لا دليل على اعتبارها، كما يقول ابن الحاجب: ^(٢) أو بما لم يشهد له الشرع بإبطال ولا اعتبار كما يقول ابن قدامة ^(٣) نسب القول بعدم حجيتها إلى جمهور الأصوليين^(٤)

ومن فسرّها بأنّها: تلك المصالح التي لم يشهد لها نص معين لكنها ملائمة لتصرفات الشارع، ومأخوذ معناها من أدلته، نسب القول بها إلى جميع العلماء الذين يقولون بتعليل الأحكام^(٥)

أدلة القولين بإيجاز

أدلة من قال بعدم حجية المصالح المرسلّة:

استدلوا لقولهم بأدلة منها:

الدليل الأول: ذكره الجويني في البرهان في أصول الفقه ^(٦) عندما قسم الاستدلال قال: أما الاستدلال — يقصد به المصالح المرسلّة — فقسم لا يشهد له أصل من الأصول الثلاثة ^(٧) وليس يدلّ لعينه دلالة أدلة

الرووف ص ٣٩٤ مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٩٣هـ.

^(١) حيث قال: الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع من الدليل، ويليّه الإمام أحمد، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين الإمامين ترجيح في الاستعمال للمصلحة المرسلّة عليّ غيرهما يرجع: إرشاد الفحول لمحمد بن عليّ الشوكاني ص ٢٤٢ مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ط ١ ١٩٩٢م.

^(٢) المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ١٠٤.

^(٣) روضة الناظر ج ١/ ص ١٦٩

^(٤) حجية المصالح المرسلّة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٧١.

^(٥) المصدر السابق ص ٧٥، ٧٦.

^(٦) ج ٢/ ص ٧٢٢.

^(٧) الأصول الثلاثة هي الكتاب والسنة والإجماع.

العقول على مدلولاتها، فانتفاء الدليل على العمل بالاستدلال دليل انتفاء العمل به.

فهو بهذا يرى أن الاستدلال — أي المصالح المرسلة — لا يدل عليها دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من الإجماع ولا من المعقول، فلا يصح العمل بها.

ويرد هذا الدليل: بأن المصالح المرسلة وإن لم تشهد لها أدلة خاصة — من الكتاب والسنة والإجماع — فقد شهد لجنسها مجموع النصوص العامة والقواعد الكلية، لأنها ملائمة لمقاصد الشرع.^(١)

الدليل الثاني: ذكره الآمدي عند تقسيمه للمصالح^(٢) قال: المصالح منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها، وإلى ما عهد منه إلغاؤها، وهذا القسم — يقصد المصالح المرسلة — متردد بين ذينك القسمين، وليس إلحاقها بأحدهما أولى من الآخر، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار يدل على أنه من قبيل المعتبر دون الملغى

ويمكن رد هذا الاستدلال بما رد به الدليل السابق وهو: أن المصالح المرسلة شهدت النصوص العامة والقواعد الكلية لجنسها، لملائمتها لمقصود الشارع، فكان القول باعتبارها أولى من القول بإلغائها^(٣)

كما أن ما ألغاه الشارع من المصالح لم يكن إلغاؤه لذاته، بل لما يخالطه من المفساد الراجعة، وهذا غير متحقق في المصالح المتنازع عليها، لأن الفرض أنها مصلحة راجحة، فيمتنع إلحاقها بما ألغاه الشارع ويتعين إلحاقها بالمصالح المعتبرة^(٤)

(١) حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٧٨، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ١١٤، أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٩٣/١.

(٢) الإحكام للآمدي ج ٤/ص ١٦٨: ١٦٧.

(٣) المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ١١٤.

(٤) حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٨٠، أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٩٤/١.

الدليل الثالث: ذكره الجويني أيضاً^(١) حيث قال: المعاني إذا حصرتها الأصول وضبطتها المنصوصات كانت منحصرة في ضبط الشارع، وإذا لم يكن يشترط استنادها إلى الأصول لم تنضبط، واتسع الأمر، ورجع الشرع إلى اتباع وجوه الرأي، واقتفاء حكمة الحكماء، فيصير ذوو الأحلام بمثابة الأنبياء، وينسب ما يرونه إلى ربة الشريعة، وهذا ذريعة في الحقيقة إلى إبطال أبهة الشريعة، ومصير إلى أن كلاً يفعل ما يراه، ثم يختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان، وأصناف الخلق وهو في الحقيقة خروج عما درج عليه الأولون.

ويجاب: بأن المصالح المرسلّة يمكن ضبطها بالنصوص، فهي لا تخرج عن كلياتها وما تهدف إليه من جلب المصالح ودفع المفاسد، وأن هناك شروطاً يجب توافرها في المصلحة كي يعتد بها، فمع تحقق هذه الشروط تخرج عن أن تكون في متناول أهل الأهواء^(٢) ثم إن اختلاف الأحكام لاختلاف المصالح باختلاف الزمان والمكان يعد من مزايا الشريعة الإسلامية ومرونتها، مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان.

رد هذا القول من حيث الجملة:

بالنظر في الأدلة السابقة نجد أنها لا تصلح للاستدلال بها علي نفي حجية المصالح المرسلّة، بل تصلح للاستدلال بها علي نفي حجية المرسل الغريب، و يؤيد ذلك ما نقل عنهم من تعريفهم للمصالح المرسلّة - أو ما يسميه بعضهم المرسل أو الاستدلال - بأنها التي سكنت عنها النصوص العامة والخاصة، فلا هي اعتبرت بها ولا هي ألغتها.

ولا شك أن المصلحة بهذا المعنى ليست حجة عند الجميع - سواء

(١) البرهان في أصول الفقه ج ٢/ص ٧٢٢.

(٢) المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ١١٤، أصول الفقه الإسلامي د

محمد مصطفى شلبي ٢٩٤/١، ٢٩٥.

في ذلك القائلين بحجية المصالح المرسلة أو النافين لها -

الأدلة علي حجية المصالح المرسلة

بعد أن تبين لنا أن قول المانعين وأدلتهم منصبة علي نفى حجية المرسل الغريب، يظهر لنا أن الخلاف بين الفريقين خلاف ظاهري، فما قصده المانعون بالمصالح المرسلة غير ما قصده المحتجون بها.

وعليه فإن المصالح المرسلة الملائمة لمقصود الشارع، والتي شهدت النصوص العامة والقواعد الكلية لاعتبار جنسها، حجة عند جمهور أهل العلم.

وأدلة حجيتها كثيرة نكتفي بذكر بعضها:

١- من القرآن:

أ - قوله تعالى { فاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ } (١)

ومحل الشاهد قوله - فاعتبروا - فهو أمر بالمجازة، والاستدلال بكون الشيء مصلحة علي كونه مشروعاً مجازة، فوجب دخوله تحت النص. (٢)

ب - هناك نصوص كثيرة تدل علي أن من مقاصد الشريعة التيسير و نفي الحرج، وتحليل الطيبات، وتحريم الخبائث منها قول الله سبحانه: { وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ } (٣) وقوله: { يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ } (٤) وقوله: { نَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ } (٥) وقوله في وصف النبي: { وَيَحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتُ وَيُحَرِّمُ

(١) الحشر من الآية ٢.

(٢) المحصول ج ٦/ص ٢٢، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص ٢٠٩.

(٣) الحج من الآية ٧٨.

(٤) البقرة من الآية ١٨٥.

(٥) المائدة من الآية ٤.

عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ} (١) وهي في جملتها تفيد اعتبار المصالح حتى ينتفي
الخرج عن العباد. (٢)

٢ - من السنة:

ما روي عن معاذ - رضي الله عنه - قال: أن رسول الله - صلى
الله عليه وسلم - حين بعثه إلى اليمن قال: كَيْفَ تَقْضِي؟ فقال: أَقْضِي
بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ. قال: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قال: فَيَسُنَّةَ رَسُولِ
اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - قال: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ؟
- ﷺ - قال: أَجْتَهِدُ رَأْيِي. قال: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ
- ﷺ - لِمَا يَرْضَى رَسُولَ اللَّهِ (٣)

فقد أقر الرسول - صلى الله عليه وسلم - معاذ علي
الاجتهاد برأيه، وهذا الاجتهاد بالرأي كما يكون بقياس النظمير علي
نظيره، يكون بتطبيق مبادئ الشريعة والاسترشاد بمقاصدها، والعمل
بالمصالح لا يخرج عن ذلك (٤)

٣ - عمل الصحابة:

المتتبع لما نقل عن الصحابة - رضي الله عنهم - من فتاوى
في كثير من الوقائع التي لم تصرح النصوص بأحكامها يجد أن
مستندهم في كثير منها يرجع إلى المصلحة المرسله، بل كثير من هذه

(١) الأعراف من الآية ١٥٧.

(٢) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي ٢٨٤/١، ٢٩١.

(٣) السنن لأبي عيسى الترمذي ج ٣/ص ٦١٦ دار إحياء التراث العربي، بيروت تحقيق أحمد
محمد شاكر وآخرين. قال أبو عيسى: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس
إسناده عندي بمُتمِّص، والسنن لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني
ج ٣/ص ٣٠٣، دار الفكر بيروت تحقيق محمد محي الدين، مصنف ابن أبي شيبة أبو بكر
عبد الله بن محمد ج ٤/ص ٥٤٣ مكتبة الرشيد، الرياض ١٤٠٩ هـ ط ١ تحقيق كمال يوسف
الحوت، المعجم الكبير لسليمان بن أحمد الطبراني ج ٢٠/ص ١٧٠ مكتبة الزهراء
الموصل ١٤٠٤ هـ ط ٢ تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي...

(٤) رأي الأصوليين في المصالح المرسله والاستحسان من حيث الحجية ج ١ ص ٢٩٠،
حجية المصالح المرسله في استنباط الأحكام الشرعية ص ٨٢، ٨١.

الوقائع محل إجماع.

من ذلك : جمع القرآن. يقول الشاطبي^(١) إن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اتفقوا على جمع المصحف....، ثم يقول: ولم يرد نص عن النبي - صلى الله عليه وسلم - بما صنعوا من ذلك، ولكنهم رأوه مصلحة تناسب تصرفات الشرع قطعاً، فإن ذلك راجع إلى حفظ الشريعة، والأمر بحفظها معلوم.

ومنه: اتفاقهم على حد شارب الخمر ثمانين، وإتما مستندهم فيه الرجوع إلى المصالح، والتمسك بالاستدلال المرسل^(٢)

ومنه أيضاً: قضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصناع، قال علي - رضي الله عنه - : لا يصلح الناس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه: أن الناس لهم حاجة إلى الصناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم، لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين.^(٣) وهي مصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معين من الشرع إلا أنها لا تعارض أيضاً نصاً أو دليلاً ثابتاً منه^(٤)

من هذه الوقائع - وغيرها - يستفاد إجماع الصحابة علي أن المصالح المرسلة حجة ودليل يستدل به علي الوقائع التي لم تصرح النص بآحكامها.

(١) الاعتصام ج ٢/ص ١١٥، ١١٦.

(٢) الاعتصام ج ٢/ص ١١٨.

(٣) الاعتصام ج ٢/ص ١١٩.

(٤) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٣١٠.

يقول الرازي: عند ذكر الأدلة علي حجية العمل بالمصلحة: (١) وأما الإجماع فهو: أن من تتبع أحوال مباحثات الصحابة، علم قطعاً أن هذه الشرائط التي يعتبرها فقهاء الزمان في تحرير الأقيسة، والشرائط المعتبرة في العلة والأصل و الفرع، ما كانوا يلتفتون إليها، بل كانوا يراعون المصالح، لعلمهم بأن المقصد من الشرائع رعاية المصالح، فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة.

ويقول الجويني نقلاً عن الشافعي (٢): من سبر أحوال الصحابة - رضي الله عنهم - وهم القدوة والأسوة في النظر، لم ير واحداً منهم يعتمد إلي تمهيد أصل واستثارة معنى ثم بناء الواقعة عليه، ولكنهم يخوضون في وجوه الرأي من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن.

٤ - من المعقول:

أن كثيراً من نصوص القرآن والسنة تدل علي أن الشريعة راعت في تكاليفها التخفيف ورفع الحرج عن المكلفين، وأنها هدفت إلى تحقيق النفع وتوفير أسباب السعادة، فإذا لم تبين الأحكام علي المصالح المتجددة، ووقفنا بها عند المصالح التي روعيت بأعيانها لوقف التشريع عن مساهرة تطورات الحياة، وعجز عن تحقيق مصالح الناس، إذ النصوص متناهية وهي لم تستوعب جميع المصالح تفصيلاً، وهذا لا يتفق ومقاصد الشريعة، كما يتنافى مع ما هو مقرر من أن هذه الشريعة عامة، وصالحة لكل زمان ومكان، ومن أجل ذلك كان لا بد من بقاء بابها مفتوحاً مستجيباً لكل ما يجد من الوقائع، ويطرأ من الحوادث التي لا حصر لها. وذلك لا يتأتى إلا بالعمل بالمصالح المرسلة (٣).

(١) المحصول ج ٦/ص ٢٢٥.

(٢) البرهان في أصول الفقه ج ٢/ص ٧٢٤، ٧٢٣.

(٣) حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية ص ٨٤، أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شبلي ١/٢٩١، المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي ص ١٣٣.

المطلب الخامس

شروط العمل بالمصالح المرسلة

بعد ما تبين لنا أن ما كان من خلاف في اعتبار المصالح المرسلة دليلاً شرعياً تبني عليه الأحكام، مردّه إلى الخلاف في تحديد مفهومها، وبيننا أن المراد بالمصالح المرسلة، هو المصالح الملائمة لمقصود الشارع، والتي شهدت النصوص العامة والقواعد الكلية لاعتبار جنسها، وذكرنا طرفاً من الأدلة التي يستدل بها علي حجيتها، يكون العمل بالمصالح المرسلة، وبناء الأحكام عليها فيما يستجد من مسائل، هو الموافق لمنهج الله في تشريع الأحكام.

ولضمان حسن توظيف هذا الدليل، ومنع أهل الأهواء من أن يتخذوا العمل به مدخلاً إلى الدين، يدخل منه من لا يفقه في الشريعة ولا يدرك مراميها، فيجعلها خاضعة لرغباته وشهواته، ويطوعها لخدمة ذوي الأغراض، عني أهل العلم بالأصول بوضع جملة من الشروط والضوابط لاعتبار المصلحة دليلاً يبنى عليه الأحكام، متى توافرت كانت حجة ودليلاً، ومتى تخلفت أو تخلف بعضها ألغيت وترك العمل بها.

وبيان أهم هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون هذه المصلحة ملائمة لمقصود الشارع (١)

ومعنى ملائمتها لمقاصد الشرع مناسبتها، وكونها مما يؤدي إلى تحصيله وتحقيقه في الواقع، فإذا لم تفض المصلحة إلى تحقيق مقصود من مقاصد الشرع لم يصح الاعتداد بها، ولا اتخاذها دليلاً شرعياً (٢)

(١) الاعتصام ج ٢/ص ١٢٩، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٦.

(٢) المصالح المرسلة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته المعاصرة ص ٥٣.

ومقاصد الشارع في خلقه تنحصر في حفظ الكليات الخمس وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فكل ما يحفظ هذه الكليات فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة^(١) وبناءً على هذا الشرط لا يعد مصلحة ما يخالف في جوهره هذه المقاصد وإن شابه مصلحة، كالزنا وشرب الخمر، فرغم اشتمالهما على بعض الذنائب إلا أنهما يدخلان في دائرة المفساد لمناقضتهما لبعض هذه المقاصد، كذلك لا يعد مصلحة ما لا يخالف في جوهره هذه المقاصد لكنه بسبب سوء القصد يتخذ وسيلة لهدم هذه المقاصد أو الإخلال بها.^(٢)

الشرط الثاني: عدم مصادمة المصلحة لدليل من أدلة الشرع. سواء أكان هذا الدليل نصاً - من كتاب أو سنة - أم قياساً. وعليه فإنه إذا كان في المسألة نص، وكان إعمال دليل المصلحة فيها من شأنه مصادمة النص بتغيير معناه وجب ترك المصلحة في هذه الحالة، لأن مثل هذه المصلحة يعد من قبيل المصالح الملغاة^(٣) هذا إذا لم يكن للمصلحة شاهد من أصل تقاس عليه، وكان بينها وبين النص تخالف، فإن كان لها شاهد معتبر من أصل تقاس عليه، وأمكن إزالة ما بينها وبين النص من تخالف عن طريق التخصيص، أو كان بينها وبين النص تعارض لكنه نص غير قطعي كخبر الآحاد^(٤) فالأمر هنا يرجع إلى العالم المتثبت، لأنه اجتهد في توفيق النصوص مع بعضها لا في ترجيح مصلحة مجردة على نص.

(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ١١٠.

(٢) المصدر السابق ص ١١٤.

(٣) المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته المعاصرة ص ٥١، ٥٢.

(٤) إذا عارضت المصلحة القائمة على أساس القياس نصاً قطعياً فلا عبرة بها، لأنه قياس فاسد.

وكذلك لا يعتد بالمصلحة إذا عارضها قياس صحيح، سواء أكانت مصلحة لا شاهد لها في الشرع كالمصلحة المرسلة أم كانت معتمدة على مناسب معتبر شرعاً كالقياس إذا عارضه قياس أقوى منه في الاعتبار^(١)

الشرط الثالث: أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم^(٢) بحيث لو لم يؤخذ بالمصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج شديد، فعندئذ يعمل بالمصلحة دفعاً للحرج إعمالاً لقوله تعالى: {وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ

فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}^(٣)

الشرط الرابع: أن تكون معقولة المعنى في ذاتها بحيث تجري على الأوصاف والمناسبات المعقولة التي إذا عرضت على أهل العقول السليمة تلقفتها بالقبول، فلا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية، لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل، كالوضوء والصلاة والصيام في زمان مخصوص دون غيره والحج ونحو ذلك، لأن الأصل فيها التعبد، دون الالتفات إلى المعاني، بخلاف قسم العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول^(٤).

الشرط الخامس:

أن لا يكون في العمل بالمصلحة تفويت لمصلحة أهم، أو مصلحة مساوية لها.

وذلك لأن المصالح متفاوتة في الأهمية، لذا فإنه يقدم الأهم

^(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ١٧٦، ١٧٧، ٢١٥.

^(٢) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٤، منهج استنباط أحكام النوازل ص ٥٦٧.

^(٣) الحج من الآية ٧٨.

^(٤) الاعتصام ج ٢ ص ١٣٢، ١٢٩، منهج استنباط أحكام النوازل ص ٥٦٧، المدخل الفقهي

وتاريخ التشريع الإسلامي ص ١٣١.

علي المهم. (١)

يقول البوطي: (٢) وميزان تفاوت المصالح في الأهمية يتناول تصنيف المصالح في الأهمية من جوانب ثلاثة.

أ - النظر إلى قيمتها من حيث ذاتها.

ب - النظر إليها من حيث مقدار شمولها.

ج - النظر إليها من حيث التأكد من نتائجها، أو عدمه.

فبالنظر إلى الجانب الأول، وهو اختلاف قيم المصالح من حيث ذاتها نجد أن كليات المصالح المعتبرة شرعاً متدرجة حسب الأهمية في خمس مراتب، وهي: حفظ الدين ثم النفس ثم العقل ثم النسل ثم المال، فما يكون به حفظ الدين يقدم علي ما به حفظ النفس عند التعارض، وما به حفظ النفس يقدم علي ما به حفظ العقل عند التعارض، وهكذا بقية المصالح.

كما أن رعاية كل من هذه الكليات يكون بوسائل متدرجة في الأهمية في ثلاث مراتب هي الضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات، وينضم إلي كل مرتبة من هذه الثلاثة ما هو مكمل لها، فالضروري يقدم علي الحاجي عند تعارضهما، والحاجي يقدم علي التحسيني عند التعارض، وكل من هذه الثلاث يقدم علي ما هو مكمل له عند تعارضه معه. المصلحة العامة والكلية تقدم علي المصلحة الخاصة أو الفردية. (٣)

بالنظر إلي المصلحة من حيث مقدار شمولها، تقدم المصلحة العامة والكلية علي المصلحة الخاصة أو الفردية، فعندما تتعارض

(١) المصدر السابق ص ٥٦٨، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٢١٧.

(٢) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص ٢١٨ - ٢٢٢.

(٣) أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شليبي ٢٩٤/١.

مصلحة يعود نفعها علي عموم الأمة، أو علي جماعة عظيمة، مع
مصلحة يعود نفعها علي فرد أو أفراد، قدمت المصلحة العامة علي
الخاصة.

تقدم المصلحة القطعية، أو القريبة من القطعية علي المصلحة
الموهومة.^(١)

فبالنظر إلي المصلحة من حيث التأكد من نتائجها، يجب أن
تكون المصلحة قطعية أو قريبة من القطعية، وعلي هذا فلا يجوز
ترجيح مصلحة علي أخرى إذا كانت مشكوكة، أو موهومة الوقوع، بل
لا بد أن تكون مقطوعة الحصول أو علي الأقل تكون مظنونة
الحصول.

هذه هي أهم الشروط والضوابط التي اشترطها العلماء للعمل
بالمصالح المرسلّة، والاستدلال به علي بيان حكم الشرع في المسائل
المستجدة، أو للترجيح بين الآراء الاجتهادية المختلفة، وهي كفيّة
بضمان حسن استخدام هذا الدليل، ومنع أهل الأهواء من التلاعب به،
أو اتخاذ العمل به مدخلاً إلي الدين.

^(١) (المصر السابق ص ٢٩٤، المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفه وتطبيقاته
المعاصرة ص ٥٨، ٥٩).

المبحث الثاني

تطبيقات فقهية معاصرة للمصلحة

كثيرة هي المسائل الفقهية التي بنيت أحكامها علي أساس المصالح المرسله قديماً، منذ عهد الصحابة وحتى عصر الأئمة، وكتب المذاهب تذخر بهذه التطبيقات، وفيما يلي نذكر بعض التطبيقات المعاصرة التي بني الحكم فيها علي أساس ما تحققه من مصالح، أو ما تدرأه من مفساد، وذلك في جملة من المطالب.

المطلب الأول

في مجال زراعة الأعضاء.

لا خلاف في تحريم بيع الأعضاء الآدمية، وكذلك لا خلاف في تحريم التبرع بالأعضاء التناسلية، وكذلك الأعضاء التي تتوقف عليها حياة المتبرع، كالقلب والكبد، أو التي تعطل وظيفة أساسية في حياة المتبرع وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، وإنما وقع الخلاف في جواز التبرع بما عدا ذلك من الأعضاء، والذي ارتضاه أكثر أهل العلم من المعاصرين هو القول بالجواز إذا توافرت بعض الشروط، وهو ما أقره مجمع الفقه الإسلامي^(١) وسأقتصر هنا علي ذكر مسألتين فقط:

المسألة الأولى

زراعة قرنية العين

العينان للاهتداء - الإبصار - والجمال والزينة والملاحة^(٢) فمن أصيب

(١) يراجع أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص ٣٣٤-٣٩٨، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة د شوقي عبده الساهي من ص ١٧٣- ص ٢٠٨، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة د محمد نعيم ياسين من ص ١٣٥- ١٧٦، قرارات مجمع الفقه الإسلامي أرقام (١) د ٨/٠٨/٨٨ بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، رقم (٥٩/٦٨) بشأن زراعة الأعضاء التناسلية.

(٢) مفتاح دار السعادة لابن القيم ١/١٨٩، ٢٦٠.

في عينيه وأراد إجراء جراحة زرع قرنية^(١) لإعادة الإبصار أو لتحصيل الجمال فهل يجوز له ذلك ؟

يفرق بين أن تؤخذ هذه القرنية من حي أو من ميت.^(٢)
إن أخذت من حي فلا يجوز؛ لأن فيه تحقيقاً لمصلحة من أخذت له بإلحاق الضرر بمن أخذت منه، وفي الحديث "لا ضرر ولا ضرار"^(٣)، فلا يجوز دفع الضرر بضرر مثله، أو بضرر أشد، أو بضرر متوقع، إذ القاعدة أن الضرر لا يزال بالضرر، أو الضرر لا يزال بمثله.^(٤)
أما إن أخذت هذه القرنية من ميت فلا بأس، وذلك لأن الميت وإن كان له حرمة تقتضي المحافظة عليه ودفنه وعدم ابتذاله، إلا أن المصلحة التي تعود على الحي أعظم من ذلك الضرر الذي يلحق الميت.

(١) القرنية هي الجزء الأمامي من جدار المقلة، وهي قرص صلب شفاف يغطي سواد العين، وتمتاز عن معظم أنسجة العين وأنسجة الجسم كلها بأنها شفافة للضوء، وقد بدأت زراعة القرنية بين الحيوانات في القرن التاسع عشر، ثم بدأ في زراعتها للإنسان في أوائل القرن العشرين، وانتشر استعمالها في عشرينيات القرن، ثم تطورت أكثر في الخمسينات، ثم استخدم الجراحون المجهر المنظاري فأصبحت أكثر دقة ووصلت نسبة نجاحها من ٩٠ إلى ٩٥%. فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - تأليف بكر بن عبد الله أبو زيد ص ٤٩، مؤسسة الرسالة بيروت ط ١/ ١٤٢٢ هـ، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء د محمد علي البار ص ٥٣، ٥٤، ط ١، دار القلم ١٤١٤ هـ.

(٢) المراد بالميت هو من فارقت روحه بدنه، بانقطاعها عن بدنه انقطاعاً تاماً، من توقف دقات قلبه طبعياً، أو صناعياً، واستكمال أماراته، فهذه هي الوفاة التي تترتب عليها أحكام مفارقة الإنسان للدنيا، ولا عبرة بموت الدماغ أو جذع الدماغ مع نبض قلبه ولو ألياً، فهو ليس موتاً، بل هو نذير وسير إلى الموت، فيبقى له حكم الأحياء حتى يتم انفصال الروح عن الجسد. فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - ص ٥٥، ٥٦، قضايا فقهية معاصرة للبوطي ص ١٢٧، ١٢٦، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة للقحطاني ص ٦٦١.

(٣) الحديث أخرجه مالك في الموطأ عن عبادة بن الصامت برقم ١٢٣٤ كتاب الأفضية باب القضاء في المرفق، المسند لأحمد عن ابن عباس برقم ٢٧١٩ كتاب مسند بني هاشم.

(٤) موقع القرضاوي على شبكة الإنترنت - الشريعة والحياة - الجراحة التجميلية، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧.

ولأن نقل القرنية يقع في مرتبة المصالح الحاجية، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة^(١)

يقول الشيخ أحمد هريدي : وإخراج عين الميت كإخراج عين الحي، ويعتبر اعتداء عليه، وهو غير جائز شرعاً، إلا إذا دعت إليه ضرورة تكون المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت، وذلك لأن قواعد الدين الإسلامي الحنيف مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر، فإذا كان أخذ عين الميت لترقيع قرنية عين المكفوف يحقق مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الميت جاز ذلك شرعاً، لأن الضرر الذي يلحق بالحي المضطر لهذا العلاج أشد من الضرر الذي يلحق بالميت الذي تؤخذ عينه بعد وفاته، وليس في هذا ابتذال للميت ولا اعتداء على حرمة المنهي عنه شرعاً، لأن النهي إنما يكون إذا كان التعدي لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة ماسة، وعلى ذلك نقول بجواز سلخ قرنية عين الميت وتركيبها للكفيف شرعاً إذا كان في ذلك مصلحة للكفيف..^(٢)

وإذا أخذت القرنية من الميت وزرعت للحي فإنها تعد جزءاً منه ولا ينطبق عليها عنوان الميتة^(٣)

وجواز ذلك مشروط بإذن الميت — بأن أوصى بذلك قبل موته

(١) المجلة ج ١/ص ١٩ مادة ٣٢، قواعد الفقه ج ١/ص ٧٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١/ص ٣٨، الأشباه والنظائر ج ١/ص ٨٨.

(٢) الفتاوى الإسلامية دار الإفتاء المصرية، المفتي الشيخ أحمد هريدي، الموضوع رقم ٩٩٣، سلخ عين ميت وتركيبها لحي، فتوى الشيخ حسن مأمون الموضوع (١٠٨٧) نقل عيون الموتى إلى الأحياء. مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية د/ محمود عبد العزيز ص ٨٢، ٨٣، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية، د/ عبده الساهي ص ١٨٨ وما بعدها.

(٣) بحوث في الفقه المعاصر للجواهري ص ٣٧٤.

— أو بإذن ورثته، لأن رعاية كرامته حق مقرر في الشرع لا ينتهك إلا بإذنه، فهو حق موروث — كما في حد القذف — فإن لم يكن له وارث فإذن من ولي أمر المسلمين، فهو وارث من لا وارث له.^(١)

النموذج الثاني

زراعة الجلد^(٢)

ترقيع الجلد بجلد آخر عن طريق جراحات التجميل من العمليات المهمة اليوم،

يقول الدكتور محمد زين^(٣) عمليات زرع الجلد أو الترقيع لإصلاح تشويه في الوجه أو في الجسم نتيجة الإصابة بحادث فيها تحقيق مصلحة ذات أهمية كبرى تتمثل في إصلاح الجانب النفسي لمن تجرى له.

فمن احترق موضع من جسده واحتاج إلى ترقيعه بجلد سليم، بأن تؤخذ الطبقات السطحية من جلد سليم من نفس الشخص أو من شخص آخر^(٤)، فهل ذلك يعد أمراً مشروعاً أم لا؟

١ - الترقيع بجلد سليم من نفس الشخص: (النقل الذاتي)

لم يتكلم السابقون من الفقهاء عن مثل هذه العمليات، ولعل ذلك مرده

^(١) فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - ص ٥٧، ٥٨، قضايا فقهية معاصرة للبوطي ص ١٣٠.

^(٢) زرع الجلد يأتي في المرتبة الثانية بعد نقل الدم، وهو إجراء واسع الانتشار وقليل المضاعفات، خاصة إذا كان ذاتياً - أي من نفس الشخص - الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٩٣.

^(٣) يراجع: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون د/ محمد زين ص ٤٢، ٤٣.

^(٤) ترقيع الجلد قد يكون عن طريق نقل قطعة من الجلد السليم إلى مكان آخر في جسم نفس الإنسان، كما قد يكون عن طريق نقل جزء من جلد الغير إلى من احترق جلده أي نقل الأعضاء بين الأحياء، وكذلك يصلح الترقيع من جثة الميت حيث يمكن الاحتفاظ بخلايا الجلد حية خلال مدة ثلاثة أسابيع بعد الوفاة. الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل د/ محمد السعيد ص ١١.

إلى عدم إمكان فعلها في زمانهم، غير أنهم تكلموا عن حكم قطع جزء من جسم الإنسان، لدرء مفسدة تضرر بالجسم عند بقاء ذلك العضو، حيث اتفقوا^(١) على أن من أصيب منه عضو وخيف منه السراية، بحيث لو ترك على حاله أدى إلى وفاته، فإنه يقطع دفعاً للمفسدة العليا بارتكاب المفسدة الدنيا، إذ من المقرر أنه عند تعارض مفسدتين فإنه يراعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.^(٢)

وبناءً عليه فإنه إذا جاز قطع العضو عند خوف السراية منعاً للضرر وهو إتلاف، فإنه يجوز قطع الجلد وزرعه في الموضع المحترق لمكان الحاجة إلى إزالة الشين ودفع الضرر^(٣) ولما فيه من إزالة الأمراض والأضرار النفسية أو التخفيف من آلامها^(٤).

فعمليات زرع الجلد أو الترقيع لإصلاح تشويه في الوجه، أو في الجسم نتيجة الإصابة بحادث، فيها تحقيق مصلحة ذات أهمية كبرى تتمثل في إصلاح الجانب النفسي لمن تجرى له.^(٥)

(١) جاء في الفتاوى الهندية ٣٦٠/٥: لا بأس بقطع العضو إن وقعت فيه الأكلة لنلا تسري، وفي التاج والإكليل ٤٢٢/٥: من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده لا بأس أن تقطع يده من المفصل، إن لم يخف عليه الموت. وفي شرح المحلى على المنهاج مع حاشية قليوبي ٢٦٤/٤: والأصح جوازه لأنه إتلاف بعض لاستيقاء الكل كقطع اليد للأكلة. وفي كشف القناع ١٨٠٦/٥: ويصح استئجاره لقطع شيء من جسده للحاجة إليه أي إلى قطعه لنمو أكلة لأن ذلك منفعة مقصودة.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٩.

(٣) يقول د. محمود عبد العزيز: انتفاع الشخص بجزء من نفسه لنفسه في حالة الضرورة، وذلك كإجراء العمليات الجراحية التي تكون عن طريق التصحيح والتعويض والترقيع نتيجة للحوادث هو في الحكم كإجراء عملية له كالفتق والزائدة الدودية، وقطع العضو المتآكل وقطع السلعة، وهكذا طرداً لقاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد فيأخذ حكم الجواز في إطار شروط التداوي العامة، ولا يعتبر ذلك من تغيير الخلقة بل هو إعادة لها إلى حالتها الطبيعية وهيئتها المعتادة. يراجع: مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية ص ٥٨.

(٤) د. محمد زين - نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء ص ٤٦.

(٥) يراجع: المصدر السابق ص ٤٢، ٤٣.

وبمثل هذا أفتي فضيلة الشيخ محمد خاطر^(١) حيث جاء في فتواه: إن أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين لعلاج الحروق الجسيمة والعميقة للأحياء جائز شرعاً إذا دعت إليه الضرورة، وكان يحقق مصلحة ترجح مصلحة المحافظة علي الميت، وليس في هذا اعتداء علي حرمة الميت لأن الضرورة دعت إليه والضرورات تبيح المحظورات.

غير أن ذلك الجواز مشروط بما يلي:

- أ- أن لا يترتب على الأخذ ضرر أكبر وإلا حرم.
 - ب- أن يغلب على الظن نجاح عملية الزرع - الترقيع.
 - ج- أن يكون الزرع هو السبيل الوحيد للعلاج.
 - د- أن يكون الضرر المترتب على عدم الزرع أشد من الضرر المترتب على عدم مراعاة المحظور.^(٢)
- وهذا ما أكدته توصيات الندوة الثامنة للعلوم الطبية^(٣) حيث أجازت نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع فيها أرجح من الضرر المترتب عليها.

وهذا أيضاً ما أكدته مجمع الفقه الإسلامي^(٤) حيث قرر ما يلي:

يجوز نقل عضو^(١) من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من

^(١) الموضوع (١٠٦٩) - سلخ جلد الميت لعلاج حروق الأحياء. موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية (المجلس الأعلى للشئون الإسلامية)

^(٢) د. محمد عثمان شبير - في أحكام جراحة التجميل ص ٢١١، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - ص ٥٩، ٦٠.

^(٣) نظمها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت من ٢٢ - ١٩٩٥/٥/٢٤م.

^(٤) في دورة مؤتمره الرابع بجدة من ٦ - ١١/٢/١٤٠٨م القرار رقم (١) د - ٨٨/٠٨/٤٠، يراجع الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢١/٩ وما بعدها، بحوث فقهية معاصرة، بحث الترقيع الجلدي

وبنوك الجلود د محمد عبد الغفار الشريف ص ١٦٥، دار ابن حزم

جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود، أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً فالنقل الذاتي — أي من نفس الشخص — متى كان ذلك لضرورة يحكم بجوازه لمشروعية التداوي.

يقول الدكتور البار^(٢) قد أجمع كل من أفتى في العصر الحديث في هذه النازلة — يقصد النقل الذاتي، الجلد وغيره — بإباحة الغرس الذاتي لا أعلم لهم مخالفاً، وقد استدلوا بقواعد الشريعة العامة، وأن في ذلك مراعاة لمقاصد الشريعةإلى أن يقول: فإذا أمن الضرر وترجحت المصلحة وغلب علي الظن نجاح هذه العملية كانت هذه العملية في أقل درجاتها علي الإباحة، وقد تكون مندوبة أو واجبة.

٢- الترقيع بجلد شخص آخر:

إذا احتيج إلى نقل بعض الطبقات السطحية من جلد إنسان لترقيع ما احترق من جلد إنسان آخر فإما أن يكون المنقول منه حياً أو ميتاً.

أ- الترقيع بجلد الحي:

مما لا خلاف عليه أن لكل إنسان حقاً في سلامة جسمه، وفي عدم المساس به بما يضره، فلا يجوز أخذ شيء من جلد إنسان لترقيع جلد شخص آخر بغير رضاه، فإن رضي بذلك فلا مانع من القول بالجواز، قياساً على جواز أخذ جلد سليم من نفس الشخص الذي

(١) ويقصد بالعضو أي جزء من أجزاء الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين.

(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ١١٦.

احترق موضع من جلده، لكن مع توافر نفس الشروط والضوابط التي سبق ذكرها.^(١)

وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٢) علي مشروعية ذلك حيث جاء في بند ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان (حي) إلي جسم إنسان آخر، إن كان ذلك العضو يتجدد تلقائياً كالدم والجلد ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقيق الشروط المعتمدة.

ب- الترقيع بجلود الموتى:

تضافرت النصوص علي أن الإنسان مكرم حياً وميتاً، مسلماً أو كافراً، فلا يجوز العبث بجثته أو التمثيل بها، غير أنني أرى أنه إذا احتيج لأخذ طبقات الجلد السطحية منه لترقيع جلد الحي المحترق، فلا مانع من القول بالجواز،

بشرط أن يوصي الميت بذلك، أو يأذن به أقرباؤه أو يأذن بذلك ولي الأمر بالنسبة لمن لا أهل له^(٣).

وذلك لأن الميت وإن كان له حرمة كحرمة الحي، وهي تستوجب المحافظة عليه وعدم ابتذاله، أو الاعتداء عليه بشق، أو سلخ، أو كسر، أو غير ذلك، إلا أن هذه الحرمة وهذه المضرة إذا ما قورنت بالمصلحة التي يمكن تحقيقها للحي - الذي احترق جلده - أو

(١) يراجع توصيات الندوة الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت في ١٩٩٥/٥/٢٤م قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بجدة من ٦ - ١١/٢/١٩٨٨م..

(٢) في دورة مؤتمره الرابع بجدة من ٦ - ١١/٢/١٩٨٨م.

(٣) بهذا صدرت فتوى دار الإفتاء المصرية رقم (١٣٢٣)، وكذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي ولجنة الفتوى بالأردن، بينما نرى وزارة الأوقاف الكويتية في فتاها رقم (٦٤٦) عدم الحاجة إلي إذن الميت أو ورثته. يراجع: الترقيع الجلدي وبنوك الجلود د محمد عبد الغفار.

المضرة التي قد تصيبه إذا لم تتم عملية الترقيع تكون مرجوحة.
فبالموازنة بين المصالح والمفاسد، والمنافع والمضار، نجد أن
مصلحة الحي أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه، وقد فارقته
الروح، وأذن بذلك هو أو ورثته، فيكون الراجح في المسألة هو جواز
الانتفاع بأجزاء الميت عند الضرورة، خاصة أن النفس الميتة إن لم
ينتفع بها على الفور تحللت وصارت تراباً، فإتقاذ نفس حية بشيء من
نفس ميتة هو أمر مشروع ومصلحة مقررة شرعاً^(١).

ومن القواعد الفقهية أنه يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر
الأشد، أو لتحقيق مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر.^(٢)
ومما لا شك فيه أن المصلحة التي ستعود على الحي من هذه العملية
أرجح من مصلحة المحافظة على حرمة الميت، وأن الضرر الذي
يلحق الحي المضطر لهذا العلاج - إن لم تجر له هذه العملية - أشد
من الضرر الذي يلحق بالميت، فترجح مصلحة الحي في دفع الضرر
عنه، وتحقيق النفع له، على مصلحة الميت في عدم ابتذاله والاعتداء
عليه، ويحمل النهي عن الاعتداء على الميت، الوارد في حديث "كسر
عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم"^(٣) على التعدي الذي يكون لغير
مصلحة راجحة، كما أن المثلة تكون مع التشفي والغل والحق أو
العيب وهذه كلها منتفية هنا. وبمثل هذا صدرت فتوى دار الإفتاء
المصرية.^(٤)

(١). مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية د/ محمود عبد العزيز ص ٧٣.

(٢). الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٦

(٣). الحديث أخرجه ابن ماجة في السنن برقم ١٦٠٦ كتاب الجنائز باب النهي عن كسر
عظام الميت، أبو داود في السنن عن أم سلمة رقم ٢٧٩٢ كتاب الجنائز باب في الحفار
يجد العظم، المسند لأحمد رقم ٢٤١٨٨ كتاب باقي مسند الأنصار.

(٤). الفتوى رقم ١٠٦٩ المجلد السابع ص ٢٥٠٥ المفتي فضيلة الشيخ محمد خاطر

١٩٧٣/٢/٣م.

المطلب الثاني

في مجال تشريح جثث الموتى

سنعرض في هذا المجال لمسألتين:

المسألة الأولى

تشريح جثث الموتى للكشف عن الجرائم:

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم، وكرمه أفضل تكريم، في حياته وبعد مماته، فقال جل شأنه: {وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ} ^(١) ومقتضى هذا التكريم أن لا يعتدي عليه أحد بشق، أو بضع، أو قطع، إلا بإذن منه — في حال حياته — أو بإذن من ورثته — بعد موته ^(٢)

فإن مات شخص في ظروف غامضة، واستدعى الحال تشريح الجثة لخفاء في الجريمة، وسبب الوفاة، وهل الآلة المعتدى بها قاتلة، وهل الوفاة بسببها، أم لا؟

فإذا تيقن القاضي، أو غلب علي ظنه أن تشريح الجثة من قبل الطبيب الشرعي من شأنه أن يكشف عن الجريمة التي أودت بحياته، وبالتالي يؤدي إلى معرفة القاتل، ففي هذه الحالة يجوز تشريح الجثة صيانة للحكم عن الخطأ، وصيانة لحق الميت الآيل إلى الورثة، وصيانة لحق

^(١) الإسراء من الآية ٧٠.

^(٢) حيث يؤل ذلك لهم بعد موته، فإن شاءوا أذنوا، وإن شاءوا لم يأذنوا، ولا سلطان عليهم من أحد، غير أن اشتراط إذن الورثة ورضاهم بذلك مشروط بعدم تعلق حق عام بجسد مورثهم بخصوصه. قضايا فقهية معاصرة د محمد سعيد رمضان البوطي ١٣١.

الجماعة من داء الاعتداء والاغتيال، وحقناً لدم المتهم من وجه، و تحقيقاً للعدالة - وهي مصالح راجحة إذا ما قورنت بمصلحة الميت في رعاية حقه في التكريم، أو رعاية حقه في عدم هتك حرمة، فجواز التشريع مبني علي أساس رعاية المصالح الراجحة، ومن قواعد الشريعة أنه إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (١) والضرورات تبيح المحظورات (٢) والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (٣)

بل إن مصلحة رعاية كرامة الميت منطوية في مصلحة الحق العام، بمعنى أن كرامة الميت آيلة إلي التمزق والهدر، إن لم تراعى مصلحة الحق العام في حفظ العدالة وتحقيق مقتضياتها (٤)

فإن قيل إن في هذا العمل مثلة بالميت والمثلة محرمة شرعاً، أجب بأن المثلة المحرمة هي المبنية علي التشفي والحق والانتقام والإيذاء، والأمور بمقاصدها، لهذا لم يعتبر القصاص في النفس وفيما دونها مثلة.

وعلي هذا فإننا إذا قارنا بين مفسدة التشريع المتمثلة في هتك حرمة الميت، وبين المصالح المترتبة عليه يتبين لنا رجحان جانب المصالح علي جانب المفساد، لهذا فإن رعاية المصالح يقتضي القول

(١) المجلة ج ١/ص ١٩ مادة ٢٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١/ص ٣٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ج ١/ص ٨٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ج ١/ص ٨٤، شرح القواعد الفقهية ج ١/ص ١٨٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية ج ١/ص ١٩٩ القاعدة السادسة والعشرون، المادة ٢٧.

(٤) فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة تأليف بكر بن عبد الله أبو زيد ص ٤٦، قضايا فقهية معاصرة د محمد سعيد رمضان البوطي ١٣٠ - ١٣٢.

بمشروعية التشريع (١)

وبمثل ذلك صدرت فتوى الشيخ عبد المجيد سليم (٢)

يجوز تشريع جثة الميت إذا كان فيه مصلحة، سواء أكانت للقتيل لإثبات التهمة على القاتل، أو كانت للمتهم لإثبات براءته من التهمة، ولا ينافي هذا ما جاء في الحديث الشريف من قوله عليه الصلاة والسلام: (كسر عظم الميت ككسره حيا) بأن الظاهر أن معنى هذا الحديث أن للميت حرمة كحرمة الحي فلا يتعدى عليه بكسر عظم أو شق بطن أو غير ذلك لغير مصلحة راجحة أو حاجة ماسة، وبما قلناه يتفق معنى الحديث الشريف وقواعد الدين الإسلامي القويم، فإنها مبنية على رعاية المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تفويتها أشد من هذا الضرر.

غير أن ذلك الجواز مشروط بما يلي:

- أن يكون في الجناية متهم.
- أن توجد ضرورة تتطلب التشريع، بأن تكون أدلة الجناية ضعيفة لا تقوي علي الحكم بتقدير القاضي.
- عدم تجاوز حدود الضرورة عند التشريع، فالضرورة تقدر بقدرها.
- إذن القاضي الشرعي بذلك. (٣)

١ (الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة للساهي ص ١٦٦، ١٦٧.

٢ (الموضوع (٦٣٩) تشريع جثة الميت، فتاوى دار الإفتاء المصرية.

٣ (المصدر السابق، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - ص ٤٦، ٤٧.

المسألة الثانية

تشريح جثث بعض الموتى لتعلم الطب:

علم التشريح مرتكز أساس لحذق الطبيب، وطريق اكتسابه إما أن يكون نظرياً أو عملياً، ولا غنى للطبيب عنه عملياً، كما أنه هو الأساس في معرفة الأمراض وهو أساس للطب في إطار النقل والتعويض الإنساني — عمليات زرع الأعضاء - (١)

ومما لا شك فيه أن توفر القدر الكافي من الأطباء في المجتمعات الإسلامية فرض كفائي علي مجموع المسلمين، بحيث لو أعرضوا جميعاً عن ذلك الواجب أثموا جميعاً، فالشارع الحكيم قد أوجب علي الأمة تعليم فريق منها مهنة الطب وممارسته، فإذا توقّف تعلم ذلك الواجب — الطب بصفة عامة، والطب الجراحي بصفة خاصة — علي تشريح بعض جثث الموتى لإجراء تجارب وتطبيقات عملية عليها، لكسب الخبرات الكافية التي تخول الأطباء القدرة علي إجراء العمليات الجراحية للمرضى، أو تمكنهم من معرفة العلل وأسبابها ليتمكنوا من علاجها — بحيث لم يوجد سبيل آخر لذلك، فإن تشريح بعض الجثث في هذه الحالة لا يصبح جائزاً فقط بل يصبح واجباً، عملاً بقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، (٢)

يقول الشيخ أحمد هريدي (٣) وقد ذهبنا إلى جواز تشريح جثث

(١) فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - ص ٤٥.

(٢) المصدر السابق ص ١٣١، ١٣٣.

(٣) موسوعة فتاوى دار الإفتاء المصرية الموضوع رقم (٩٩٣) سلخ عين ميت وتركيبها لحي.

الموتى ممن لا أهل لهم، قبل دفنهم في مقابر الصدقة لتحقيق مصلحة عامة راجحة للناس إحياء لنفوسهم، أو علاجاً لأمرضهم، أو لمعرفة أسباب الحوادث الجنائية التي تقع عليهم مستنديين إلى أن القواعد الأصولية تقضى بإيجاب ما يتوقف عليه أداء الواجب. فإذا أوجب الشارع شيئاً تضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الشيء.

ولا خلاف في أن جواز تشريح هذه الداء لم يرد به نص، كما أنه لا يوجد له أصل يقاس عليه، لكنه يحقق مصلحة راجحة شهدت لها النصوص العامة والقواعد الكلية.

فهو يؤدي إلى معرفة الأمراض وأسبابها، وبالتالي البحث لها عن الدواء المناسب وذلك أمر مطلوب شرعاً حفظاً للنفوس، ودرءاً للمفاسد عنها، فقد روي عن صفوان بن عسال المرادي قال: قالوا: يا رسول الله أنتداوى قال: تعلمن أن الله تعالى لم ينزل داء إلا أنزل له دواء غير داء واحد قالوا: وما هو قال: الهرم.^(١)

ويقول الدكتور البار^(٢) لقد أباح الفقهاء الأجلاء تشريح الجثة بناءً على المصالح الراجحة، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر، وأن إباحة التشريح ليس فيه مثلة، لأن المثلة مع التشفي والغل والحق أو العبث، هذه كلها منتفية هنا.

فإذا ثبت أن التشريح قد أصبح من العلوم التي تتعلق بها المصلحة

^(١) المستدرك على الصحيحين ج ٤/ص ٢١٩ قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ويراجع: صحيح ابن حبان ج ٢/٢٣٦، سنن أبي داود ج ٤/ص ٣، وفي سنن البيهقي الكبرى ج ٩/ص ٣٤٣ من حديث أسامة بن شريك.

^(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ١٦٢.

العامة للناس، فإن رعاية هذه المصلحة يقتضي القول بمشروعيتها، كما أن المقارنة بين تلك المصلحة وبين مفسدة هتك حرمة الميت، تظهر رجحان جانب المصلحة مما يؤكد القول بمشروعيتها^(١)

وفي فتاوى دار الإفتاء المصرية، الفتوى رقم ١٣٢٣ — ويكون قطع العضو أو قطع جزئه من الميت إذا أوصى حي بذلك قبل وفاته، أو بموافقة عصبته بترتيب الميراث، إذا كانت شخصية المتوفي المأخوذ منه معروفة، وأسرته وأهله معروفين، أما إذا جهلت شخصيته أو عرفت وجهل أهله فإنه يجوز أخذ جزء من جسده نقلاً لإنسان حي آخر يستفيد منه في علاجه، أو تركه لتعليم طلاب كليات الطب، لأن في ذلك مصلحة راجحة تغلو على الحفاظ على حرمة الميت، وذلك بإذن النيابة العامة.....

غير أن هذا الجواز مشروط بما يلي:

— موافقة ذوي الشأن في ذلك، أي موافقة الإنسان قبل موته على تشريح جثته، أو موافقة أهله بعد موته، فإن لم يعرف صاحب الجثة أو لم يكن له أهل فيشترط إذن النيابة العامة.

— وجود ضرورة تتطلب التشريح.

— عدم تجاوز حدود الضرورة عند التشريح، فالضرورة تقدر بقدرها.^(٢)

(١) الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة للساهي ص ١٦٦، ١٦٧.
(٢) الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة للساهي ص ١٦٨، ١٦٩، شرح القواعد الفقهية ج ١/ص ١٦٣.

المطلب الثالث

رتق غشاء البكارة.

رتق الشيء رتقا سده أو لحمه و أصلحه، ويقال رتق فتقه أصلح شأنه، ورتق فتقهم أصلح ذات بينهم^(١) وفي مختار الصحاح: الرتق ضد الفتق وقد رتق من باب نصر فارتتق^(٢) التأم^(٣) والبكارة بالفتح هي الجلدة التي علي قبل المرأة، وتسمى عذرة، وفي تاج العروس^(٤) والبكرُ بالكسر العذراءُ، وهي التي لم تُفْتَضَّ ومن الرجال الذي لم يَقْرَبِ امرأةً بعدُ، والجمع أبكارٌ.

والمراد برتق غشاء البكارة هو تلك العملية الجراحية التي يقصد منها إعادة ضم ولحم غشاء البكارة بعد تمزقه بأي سبب من الأسباب بحيث يعاد إلي الوضع السابق قبل التمزق أو قريب منه.^(٥)

ولغشاء البكارة أهمية كبيرة في كثير من المجتمعات حيث يعدونه عنواناً علي عفة الفتاة وطهارتها، كما يعد تمزقه قبل الزواج دليلاً علي فسادها، لهذا يسيئون الظن بها، فيلحق بها وبأهلها من جراء ذلك الكثير من الأضرار.

ولاشك في أن هذه المسألة من النوازل في هذا العصر، لم

(١) المعجم الوسيط ج ١/ص ٣٢٧.

(٢) ج ١/ص ٩٨.

(٣) ج ١٠/ص ٢٣٩، ويراجع: المصباح المنير ج ١/ص ٥٩.

(٤) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢١١، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون ص ١٢٧، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ٢٢٧.

يتناولها نص من نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وليس لها مثيل حتى تقاس عليه، كما أن الفقهاء لم يتصوروا وقوعها، لهذا لم يتعرضوا لبيان حكمها الشرعي، أما اليوم وبعد تقدم الطب وتمكن الأطباء من إجرائها فقد أصبح لازماً بيان حكم الشرع فيها، من خلال البحث في مقاصد الشريعة وقواعدها العامة والمصالح والمفاسد التي تترتب على هذا الفعل^(١)

وقد أدلى بعض المعاصرين من أهل الفقه بدلوهم في هذه القضية وقد اتفقت أقوالهم على تحريم بعض الصور، واختلفوا في بعضها الآخر، لاختلاف الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى تمزق غشاء البكارة^(٢)

ويمكن حصر أقوالهم في قولين:

القول الأول: تحريم رتق غشاء البكارة مطلقاً مهما كانت أسبابه، ذهب إلى ذلك الدكتور محمد مختار الشنقيطي، ونسبه إلى الشيخ عز الدين الخطيب التميمي^(٣) وبه قال الدكتور محمد خالد منصور^(٤)

القول الثاني: حرمة رتق غشاء البكارة إذا كان تمزقه بسبب زنا اشتهر بين الناس، أو كان بسبب وطء في عقد نكاح، وجوازه إذا كان

^(١) المصادر السابقة.

^(٢) أسباب تمزق غشاء البكارة ثلاثة هي ١ - تمزقه بأسباب غير وطء النكاح - لا تعتبر في ذاتها معاصي ٢ - تمزقه بوطء النكاح وما يلتحق به ٣ - تمزقه بوطء الزنا دون إكراه. مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون ص ١٤٥.

^(٣) يراجع أحكام الجراحة الطبية ص ٤٢٨.

^(٤) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢٢٨.

التمزق بسبب حادثة أو فعل لا يعد في الشرع معصية^(١) أو كان بسبب زنا لم يشتهر، أو كان بإكراه علي الزنا وثبت ذلك الإكراه.^(٢)

يتبين لنا مما سبق الاتفاق علي تحريم رتق غشاء البكارة عندما يكون سببه الوطء في عقد نكاح ، أو كان تمزقه بسبب زني ظهر أمره واشتهر بين الناس، حيث لا يخلو فحاه في هاتين الحالتين عن كثير من المفساد، أقلها كشف العورة دون ضرورة أو حاجة، كما أنه لا يحقق أية مصلحة للمرأة.

أما مواضع الخلاف فتتخصر في النقاط التالية:

أ - التمزق بأسباب لا تعتبر في ذاتها معاصي، كالسقطة والصدمة، والحمل الثقيل، وطول العنوسة، وكثرة دم الحيض، والنزيف، واستئصال الأورام، ويمكن أن يلتحق بذلك الاغتصاب - الوطء بالإكراه -

ب - التمزق بارتكاب فاحشة الزنا - دون إكراه - إذا لم يشتهر ذلك بين الناس.

و سبب الخلاف في حكم هاتين الصورتين يرجع إلي تردد حكمهما بين المصالح والمفساد، فمن ترجح لديه جانب المصالح في صورة من الصور علي جانب المفساد قال بالجواز، ومن ترجح لديه

(١) يري الدكتور نعيم: أنه إذا غلب علي الظن أن المرأة ستلاقي عنتاً وظلماً فإن الرتق يصبح واجباً، وإلا كان مندوباً. أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ٢٥٥، ٢٥٦.

(٢) ذهب إلي هذا التفصيل علي اختلاف في بعض الصور كل من الدكتور محمد نعيم ياسين، والدكتور توفيق الراعي يراجع المصدر السابق، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢١٢.

جانب المفساد قال بالمنع.

ولبيان أدلة القولين نذكر أولاً: المصالح والمفاسد التي يعتبر الرتق مظنة لها من حيث الجملة، ثم نوازن بين المصالح والمفاسد المترتبة علي الصورتين.

أولاً: المصالح التي يعتبر الرتق مظنة لها:

بالنظر إلي الأعراف والعادات الاجتماعية التي رتبت أهمية كبيرة علي بقاء غشاء البكارة، نجد أن إصلاحه بعد تمزقه يحقق مصالح كثيرة للفتاة ولأهلها، من هذه المصالح:

١ - مصلحة الستر علي الفتاة.

فرتق غشاء البكارة الذي يقوم به الطبيب فيه معنى الستر علي الفتاة، والستر مقصد شرعي، حيث دلت نصوص السنة المطهرة علي مشروعية الستر وندبه.

٢ - الوقاية من سوء الظن.

إن رتق غشاء البكارة يعين علي سد باب سوء الظن بالفتاة، ويعمل علي إشاعة حسن الظن بين الناس، وتلك مصلحة مقصودة للشارع الحكيم، دل علي اعتبارها الكثير من نصوص القرآن والسنة.

٣ - إن قيام الطبيب بإخفاء تلك القرينة الوهمية في دلالاتها علي الفاحشة له أثر تربوي عام في المجتمع، وخاص يتعلق بالفتاة.

أما الأثر التربوي العام فيتمثل في أن المعصية إذا أخفيت انحصرت ضررها في نطاق ضيق، وإذا أعلنت هان فعلها، فتشيع الفاحشة، فكان

رتق غشاء البكارة محققاً لمقصد شرعي، وهو عدم إشاعة الفاحشة بين أفراد المجتمع.

وأما الأثر التربوي الخاص بالفتاة فيتمثل في تشجيعها على التوبة، إن كان تمزق الغشاء بمعصية، ويثبتها علي العفاف، إن كان تمزقه بغير معصية، ولا شك أن هذد صالح معتبرة شرعاً.^(١)

ثانياً: المفساد التي يعتبر الرتق مظنة لها.

من قالوا بتحريم رتق غشاء البكارة يرون أن هناك مفساد كثيرة تترتب علي هذا الفعل تترجح علي تلك المصالح المتوقعة منه ومن هذه المفساد:

١- مفسدة شيوع الفاحشة.

إن رتق غشاء البكارة يسهل علي المرأة فعل الفاحشة، لعلمها بإمكان رتق غشاء البكارة بعد الجماع، وتلك مفسدة عظيمة يترتب عليها شيوع الفاحشة.

٢- مفسدة الغش والخداع.

إن في رتق غشاء البكارة غشاً وخداعاً للرجل الذي يريد الزواج بتلك المرأة في المستقبل، والغش محرم يقول المصطفي - صلى الله عليه وسلم: (ليس منّا من غش)^(٢)

٣- مفسدة كشف العورة.

(١) يراجع أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ٢٢٩-٢٣٤، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون. ص ١٣٢-١٣٨، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢١٦-٢٢٣، أحكام الجراحة الطبية ص ٤٢٩، ٤٣٠.

(٢) سنن أبي داود ج ٣/ص ٢٧٢، سنن ابن ماجه ج ٢/ص ٧٤٩، مسند أحمد بن حنبل ج ٢/ص ٢٤٢. كنز العمال ج ٤/ص ٦٥.

إن في رتق غشاء البكارة كشفاً لعورة المرأة، والنظر إليها ولمسها ممن لا يحل له النظر أو اللمس، وكل ذلك لا يحل إلا للضرورة أو حاجة ماسة، وكلاهما غير متوافر هنا، فلم يثبت طبياً أي فائدة صحيّة لغشاء البكارة تستدعي كشف العورة لإصلاحه.^(١)

الموازنة بين المصالح والمفاسد.

١- الحالات التي يكون سببها حادث:

بالنظر إلى المصالح والمفاسد المتوقعة من إصلاح غشاء البكارة في حالة ما إذا كان التمزق بأسباب لا تعتبر في ذاتها معاصي، كالسقطّة ونحوها، - أرى أن جانب المصالح - التي سبق ذكرها - متحقق هنا، وراجع علي جانب المفاسد،

وبيان ذلك:

أ - أن مفسدة غش الزوج وخداعه غير موجودة هنا، إذ الغش هو إخفاء عيب أو نقص في المحل بحيث يبدو أمام طالبه خالياً من ذلك العيب، مما يترتب عليه الإضرار بالطالب، ورتق غشاء البكارة هنا ليس غشاً للزوج ولا إخفاءً لعيب كان موجوداً بل هو رد للأمر إلى وضعه الطبيعي، للمنع من الوقوع في الوهم وسوء الظن.

ب - أما مفسدة التشجيع علي فعل الفاحشة، فهي غير متحققة أيضاً، لأن سبب زوال البكارة لم يكن فعلاً بسبب معصية، بل السذي يشجع

(١) (يراجع أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ٢٢٩-٢٣٤، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العنزي بين الشريعة والقانون ص ١٣٢-١٣٨، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢١٣-٢٢٣، أحكام الجراحة الطبية ص ٤٢٩، ٤٣٠).

علي الفاحشة هو عدم الرتق، حيث زال دليل عذريتها وأوصدت الأبواب أمام إعادته، فعندئذ ستجد نفسها أقرب إلي مطاوعة الشيطان والوقوع في الرذيلة.

ج - أما مفسدة كشف العورة، فقد أجاز الفقهاء كشفها للضرورة أو الحاجة، وتلك المصالح التي سبق ذكرها إن لم تصل إلي حد الضرورة فلا أقل من أن تكون في رتبة الحاجة، فتكون مسوغاً لكشف العورة.

ولترجح جانب المصالح علي جانب المفساد، أرى أن القول بجواز رتق غشاء البكارة في هذه الحالة هو الراجح.(١)

ويمكن أن يلتحق بهذه الحالة من أكرهت علي الزنا، حيث لم يكن لها دخل في حصول الفاحشة، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٢)

فإصلاح غشاء البكارة هنا يكون مظنة لتحقيق جميع المصالح السابقة.(٣)

٢- في حالة ارتكاب فاحشة الزنا الذي لم يشتهر:

إذا نظرنا إلي المصالح والمفاسد فيما إذا كان سبب التمزق هو ارتكاب فاحشة الزنى - دون إكراه - ولم يشتهر ذلك بين الناس، فأرى - والله أعلم - أن جانب المفساد يترجح علي جانب المصالح، وينبغي

(١) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ٢٣٩ - ٢٤٢، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون، ص ١٤٥ - ١٤٨.

(٢) صحيح ابن حبان ج ١٦/ص ٢٠٢، مصنف ابن أبي شيبة ج ٤/ص ١٧٢، مصنف عبد الرزاق ج ١١/ص ٢٩٨، المعجم الأوسط ج ٢/ص ٣٣١.

(٣) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ٢٣٩، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون، ص ١٤٦.

ذلك:

أ - أن مفسدة غش وخداع من يريد الزواج بها متحققة وتترجح علي مصلحة الستر عليها، فقد زنت وهي مطاوعة، فلا تستحق الستر، فمن تفعل ذلك الفعل مرة يمكن أن تفعله مرات، خاصة عندما تجد الوسيلة التي تمكنها من الإفلات من آثار هذه الفاحشة، وبالتالي لا تكون أمينة علي فراش الزوج، فكان إصلاح غشاء البكارة هنا إخفاء لعب يترب عليه الكثير من الأضرار لمن يقدم علي الزواج بها، بخلاف الحالة السابقة.

ب - أن الله سبحانه أمر بإقامة الحد علي الزاني عند توافر دليل الإثبات، وأمر بأن يشهد ذلك طائفة من المؤمنين لزرع غيره عن الوقوع في الفاحشة، فجواز الرتق هنا لا يعتبر سترأ بل هو ترك لمبدأ معاقبة الزانية وإشعارها بذنبها، مما يساعد علي نشر الرذيلة، وتلك مفسدة تترجح علي مصلحة الستر، ودفع المفساد مقدم علي جلب المنافع.^(١)

ج - أن التساهل في مثل هذه الحالة وإن كان له أثر إيجابي، وقد يكون فيه ستر للمرأة، ولكنه مع نزعات النفس وأهوائها وفساد الزمان يكون القول بالمنع أولى لاحتمال وقوع هذه المفساد.^(٢)

المطلب الرابع

كشف العورة لضرورة الفحص الطبي

(١) مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون. ص ١٥١-١٥٣.

(٢) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء ص ٢٢٧.

يتطلب الكثير من الأعمال الطبية الكشف عن عورة المريض والنظر إليها، كما في حالات إجراء الجراحات المختلفة، وكما في حالات الفحص للأمراض التناسلية، والمسالك البولية وغيرها.

كذلك يحتاج مصور الأشعة أن يكشف عن عورة المريض، وأن ينظر إليها من أجل تصوير المنطقة المراد إجراء الفحص الطبي لها، وفي كثير من الأحيان يتطلب ذلك حقن المريض بالصبغة من أجل وضوح الصورة، ويتم ذلك بالحقن في القبل أو الدبر، كما في حالات المسالك البولية، وتصوير الرحم والجهاز الهضمي وغيرها^(١)

ومن البديهيات أن كشف العورة^(٢) وكذلك النظر إليها محرم شرعاً، وأن سترها واجب، فقد أمرنا الله بغض الأبصار عن العورات حيث قال: {قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ

(١) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء د محمد خالد منصور ص ٢٧.
(٢) العورات كما قال الرازي على أربعة أقسام: عورة الرجل مع الرجل، وعورة المرأة مع المرأة، وعورة المرأة مع الرجل، وعورة الرجل مع المرأة.
فأما الرجل مع الرجل فيجوز له أن ينظر إلى جميع بدنه، إلا عورته، وعورته ما بين السرة والركبة.

أما عورة المرأة مع المرأة فكعورة الرجل مع الرجل، فلها النظر إلى جميع بدنها إلا ما بين السرة والركبة، وعند خوف الفتنة لا يجوز، والمرأة الذمية هل يجوز لها النظر إلى بدن المسلمة قيل: يجوز كالمسلمة مع المسلمة، والأصح أنه لا يجوز لأنها أجنبية في الدين والله تعالى يقول: «أَوْ نِسَائِهِنَّ» وليست الذمية من نساها.
أما عورة المرأة مع الرجل فالمرأة إما أن تكون أجنبية أو ذات رحم محرم أو مستمتعة، فإن كانت أجنبية فجميع بدنها عورة، ولا يجوز له أن ينظر إلى شيء منها إلا الوجه والكفين، لأنها تحتاج إلى إبراز الوجه في البيع والشراء وإلى إخراج الكف للأخذ والعطاء، ونعني بالكف ظهرها وبطنها إلى الكوعين وقيل ظهر الكف عورة، أما إذا كانت المرأة مستمتعة كالزوجة والأمة التي يحل له الاستمتاع بها فيجوز له أن ينظر إلى جميع بدنها.

وأما عورة الرجل مع المرأة ففيه نظر، إن كان أجنبياً منها فعورته معها ما بين السرة والركبة، وقيل: جميع بدنه إلا الوجه والكفين كهي معه، والأول أصح، وإن كان محرماً لها فعورته معها ما بين السرة والركبة، وإن كان زوجها فلها أن تنظر إلى جميع بدنه. يراجع في التفسير الكبير ج ٢٣/ ص ١٧٨، ١٧٧، ١٧٦.

يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ، وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ

زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا الآية (١) كما أمرنا الله بالسستر وامتنعنا باللباس الذي يستر العورة فقال: {يَا بَنِي آدَمَ قَدْ أَنْزَلْنَا عَلَيْكُمْ لِبَاسًا يُؤَارِي سَوْءَ أَتِكُمْ} (٢)

قال القرطبي: (٣) قال كثير من العلماء: هذه الآية دليل على وجوب ستر العورة، لأنه قال يوارى سؤأتكم، وقال قوم: إنه ليس فيها دليل على ما ذكره، بل فيها دلالة على الإنعام فقط. قلت: القول الأول أصح، ومن جملة الإنعام ستر العورة، فبين أنه سبحانه وتعالى جعل لذريته ما يسترون به عوراتهم، ودل على الأمر بالسستر، ولا خلاف بين العلماء في وجوب ستر العورة عن أعين الناس.

فستر العورات أصل ثابت من أصول الشريعة، لكن إن دعت إلى كشف هذه العورات ضرورة أو حاجة، كحالات الفحص الطبي أو إجراء جراحة، فإنه يباح ويجوز للطبيب، ومساعديه، ومصور الأشعة النظر إلى تلك العورات، عملاً بقاعدة {الضرورات تبيح المحظورات} وقاعدة {الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة} (٤)

(١) النور آتي ٣١، ٣٠.

(٢) الأعراف من الآية ٢٦.

(٣) تفسير القرطبي ١٨٢/٧.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الاحكام ٣٨/١ المادة ٣٢، قواعد الفقه ٧٥/١، شرح القواعد الفقهية ٢٠٩/١.

يقول الزيلعي: (١) وفي نظر الطبيب إلى موضع المَرَضِ ضَرُورَةٌ، فَيَرْخَصُ لَهُمْ إِحْيَاءُ لِحُقُوقِ النَّاسِ، وَدَفْعًا لِحَاجَتِهِمْ، فَصَارَ كَنَظَرِ الْخَتَّانِ وَالْخَافِضَةِ، وَكَذَا يَنْظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الْإِحْتِقَانِ لِلْمَرَضِ لِأَنَّهُ مَدَاوَاةٌ، وَكَذَا لِلْهَزَالِ الْفَاحِشِ لِأَنَّهُ أَمَارَةُ الْمَرَضِ.

وكشف العورة أمام الطبيب لتوقيع الكشف الطبي، وإجراء الجراحات المختلفة،

← — اتحد الجنس أم اختلف — وإن كان مفسدة إلا أنه يحقق مصلحة للمريض، قد

← تكون في رتبة الضروريات، عندما يترتب علي الفحص المحافظة علي حياته أو علي عضو من أعضائه من التلف، وقد تكون في رتبة الحاجيات عندما يترتب عليه رفع الحرج ودفع المشقة عنه.

فبالموازنة بين مفسدة كشف العورة، وبين مصلحة المريض في حفظ نفسه من الهلاك أو مصلحته في التيسير عليه ودفع الحرج عنه يترجح جانب المصلحة علي جانب المفسدة، خاصة إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية تهدف إلي مراعاة حوائج الناس، وتعمل علي تحقيق مصالحهم ودفع المفساد عنهم، والتيسير والتخفيف عنهم. إذ من قواعدها العامة: أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة، وأن المشقة تجلب التيسير، وغيرها من القواعد التي تدل علي رفع الحرج.

غير أن جواز كشف العورة للضرورة أو للحاجة، سواء اتحد الجنس

(١) تبين الحقائق ١٧/٦.

أم اختلف، ينبغي أن يتقيد بمقدار ما تدعو إليه الضرورة، لأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها^(١) كما أن مداواة الرجال للنساء أو العكس مشروط بعدم وجود النظير، ووجود الحاجة الداعية إليه، وكذلك وجود المحرم للمرأة، أو وجود امرأة ثقة.

وبناء عليه يجب على الطبيب ومساعديه ومصور الأشعة الاقتصار في النظر إلى العورة على ما تدعو إليه الضرورة فقط دون زيادة، إذ الضرورة تقدر بقدرها.

المطلب الخامس

الانتفاع بالأجنة في زراعة الأعضاء، وإجراء التجارب عليها: (١)

الأجنة جمع جنين، وهو في اللغة فعيل بمعنى مفعول، من جنه إذا ستره.

فالجنين هو المستور في الرحم، وكثر استعماله في الولد مادام في البطن.

وهو في اصطلاح الفقهاء لم يخرج عن هذا المعنى اللغوي، غير أن منهم من شرط لتسميته جنيناً أن يتبين من خلقه شيء، ومنهم من لم يشترط ذلك (٢)

والمراد بالانتفاع بالأجنة: أن تؤخذ بعض أجزاء الجنين لزراعتها في جسد إنسان مريض، أو أن يجعل جسد الجنين محلاً لإجراء التجارب العلمية عليه.

ولا شك أن هذه التصرفات تفضي إلى إجهاضه وقتله، أو إلى تقطيع أوصاله، وتغيير الخلقة الأصلية التي خلق عليها (٣)

ويختلف حكم هذه التصرفات فيما إذا كان الجنين حياً عما إذا

(١) إجراء التجارب على الأجنة أمر قديم، عرفت البشرية منذ عهود طويلة، وكانت الدراسة تتمثل في معرفة تشريح الجنين، وكيفية بنيته وتصوره مع تقدم الحمل، حتى تمكن العلماء من معرفة هذه المراحل المتطورة بدقة. الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ١٩٩.

(٢) يراجع الجناية على الجنين - الإجهاض - للمؤلف من ص ١٦ - ص ٢٠.

(٣) يراجع أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة تأليف د محمد نعيم ياسين ص ٩٧، ط ٣ دار النفائس الأردن ١٤٢١ هـ.

كان ميتاً.

الانتفاع بأعضاء الجنين الحي:

الجنين الذي حلت له الروح ولم تفارقه، هو آدمي حي لا يجوز أخذ أعضائه، أو إخضاعه للتجارب المعملية، لأن ذلك الفعل يؤدي إلى قتله، وقتل الآدمي الحي لا يجوز إلا أن يكون عقوبة علي معصية من المعاصي المستوجبة للقتل، وذلك غير متصور من الجنين، ولا يجوز إزهاق نفس الآدمي ولو كان الهدف من وراء ذلك إحياء نفس آدمي آخر، لأن النفوس متساوية في نظر الشرع لا فرق بين نفس الجنين ونفس البالغ.

وكذلك لا يجوز فعل هذه التصرفات بالجنين حتى وإن لم تؤد إلى قتله، لأنها علي أقل تقدير ستلحق أذى بجسد آدمي حي، وهو لا يجوز لحديث لا ضرر ولا ضرار^(١) والقول بعدم الجواز لا يختلف بين أن يكون الجنين في بطن أمه أو سقط أو أسقط^(٢) ما دامت روحه لم تفارق جسده^(٣)

^(١) الحديث سبق تخريجه.

^(٢) سقوط الجنين يكون تلقائياً، ويسمى بالإجهاض الطبيعي، ومن أسبابه الخلل في الجهاز التناسلي للمرأة، أو خلل في البويضة الملقحة، كما يكون سقوط الجنين عارضاً، ومن أسبابه الانفعال الشديد، والسقوط من مكان عال، وبذل المجهود الزائد، وهذان النوعان لا دخل لأحد فيهما، أما الإسقاط فمنه ما يكون سببه العلاج وهو ما يتم بإشراف طبيب، لأسباب خاصة كالخوف علي حياة الأم من استمرار الحمل، ومنه ما يكون بسبب الجناية عليه قصداً أو علي الأم فيؤدي إلي سقوط الجنين، وهذان النوعان يتم فيهما إسقاط الجنين بقصد وتعمد، ويترتب عليهما أحكام لا مجال لذكرها. يراجع الجناية علي الجنين للمؤلف من ص ٢٦ - ص ٣٠.

^(٣) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة (١٠١، ٩٧).

يقول الدكتور البار^(١) ولا يجوز مطلقاً بأي حال من الأحوال الاعتداء علي جنين حي سواء كان قبل عشرين أسبوعاً أو بعده ما دامت علامات الحياة فيه ظاهرة، من نبضات القلب ودوران الدم وحدوث التنفس، فإذا توقف ذلك كله فهو ميت يعامل معاملة الميت.

الانتفاع بجسد الجنين الميت:

إذا مات الجنين بأن فارقت روحه الجسد — سواء أكان ميتاً في بطن أمه أو مات بعدما سقط أو أسقط — فهو بمنزلة الآدمي المولود الذي فارقت روحه، حقه أن يكرم بغسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، وعدم الاعتداء علي جسده بأي نوع من أنواع الاعتداء، ومن ذلك أخذ عضو من أعضائه أو حاسة من حواسه، أو جعله محلاً لإجراء التجارب.

لكن عند إعمال ميزان المصالح والمفاسد، يمكن القول بجواز الانتفاع بعضو من أعضاء الجنين الميت، أو حاسة من حواسه لزرعها في إنسان مريض مشرف علي الموت لإنقاذه، أو لإنقاذ طرف من أطرافه، أو حاسة من حواسه، وكذا لا مانع من جعله محلاً للتجارب المعملية للاستفادة منه في الكشف عن بعض الأمراض وتعرف أسبابها، لأن في كل ذلك تحقيقاً لمصلحة المريض الذي استفاد بعضو الجنين أو بحاسة من حواسه، أو تحقيقاً لمصلحة عامة وهي مصلحة تعرف الأمراض وأسبابها واكتشاف العلاج المناسب لها، وهي بلا شك مصالح راجحة فتقدم علي مصلحة الميت وحقه في التكريم، وعدم

^(١) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٤٤.

الاعتداء عليه بأي نوع من أنواع الاعتداء.

ولا تعد تلك الأفعال مثلة، لأن المثلة هي أن تفعل هذه الأشياء
لغير غرض صحيح، أما أن يتم فعلها لتحقيق مصلحة راجحة فتجاوز،
إذ الأمور بمقاصدها.^(١)

لكن ذلك مشروط بكون ذلك الفعل هو الطريق الوحيد المتاح
لإنقاذ المريض، وأن يغلب علي الظن أن ذلك العلاج يؤدي إلي
المقصود، وموافقة الوالدين المسبقة علي ذلك^(٢)

الانتفاع بالجنين قبل أن تحله الروح:

من المؤكد أن الانتفاع بالجنين بأخذ عضو منه أو حاسة من
حواسه يؤدي إلي إسقاطه، ولما كانت معرفة حكم هذا الانتفاع متوقفة
علي معرفة الحكم في إجهاض الجنين قبل نفخ الروح، كان لابد من
ذكر أقوال أهل العلم، حيث اختلفوا علي عدة أقوال هي:

- ١ - حرمة الإجهاض مطلقاً - أي سواء أكان مضغة أم علقه أم نطفة
- وهو قول بعض الحنفية، والمالكية في المعتمد، وقال به الغزالي من
الشافعية وابن الجوزي من الحنابلة، وابن حزم الظاهري
- ٢ - جواز الإجهاض مطلقاً، لا فرق بين أن يكون مضغة أو علقه أو
نطفة. قال بذلك الحنفية في المذهب، وبعض الحنابلة.

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١/ص ١٧ المادة ٢، شرح القواعد الفقهية ج ١/ص ٤٧،
غمر عيون البصائر ج ١/ص ٣٧.

(٢) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص (١٠١، ١٠٢)، الموقف الفقهي والأخلاقي من
قضية زرع الأعضاء ص ٢٤٤.

٣ - جواز إجهاض النطفة والعلقّة، وعدم جواز إجهاض المضغة. قال ذلك جمهور الشافعية

٤ - جواز إجهاض النطفة فقط، وعدم جواز إجهاض العلقّة والمضغة، بهذا قال بعض الحنابلة^(١).

وقد ترجح لي من هذه الأقوال القول الأول القائل بعدم جواز الإجهاض مطلقاً، ما لم تدع إلي ذلك ضرورة.

غير أنه لو حدث أن أجهض الجنين في هذه المرحلة فإنه يكون أقل إثماً من الذي نفخ فيه الروح^(٢).

لهذا يمكن القول بأن إسقاط الجنين في هذه الحالة يخضع لقواعد الضرورة والمصلحة، حيث إن قتله لا يعد قتلًا لآدمي، بل يعد إتلافًا لمخلوق لو ترك لثم خلقه، وإفساد ما ليس بآدمي من الأشياء النافعة قد يباح إذا غلب علي الظن تحقيق مصالح أعلي من المصالح التي تفوت بإتلافه، أو دفع مفسد أعظم من المفسد التي تقع بإتلافه^(٣) إذا ثبت أن إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه يخضع لقواعد الضرورة والمصلحة، فإن علينا أن نبحث عن المصالح والمفاسد المترتبة علي الانتفاع بأعضاء الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح ثم نوازن بينها لنعلم حكم الشرع في هذه الأمور فنقول:

هناك جملة من المصالح تترتب علي الانتفاع بالأجنة في هذه المرحلة

(١) تراجع الأقوال والأدلة في الجناية علي الجنين للمؤلف من ص ٧٧-٨٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ١٠٥.

العمرية ذكرها أهل الاختصاص منها ما يلي:

١- الوقاية من الإجهاض التلقائي^(١) ومن بعض العيوب والأمراض الوراثية.

٢- استخراج بعض العقاقير والأدوية واللقاحات للعلاج والوقاية.

٣- معالجة بعض الأنواع من الأمراض العصبية، وبعض أمراض المناعة، وبعض أمراض العقم عند الرجال، وبعض أنواع الحروق.

٤- التوصل إلى معارف تشريحية عن الإنسان تساعد بصورة فعالة علي اكتشاف كثير من الأمراض وعلاجها^(٢).

أما المفاسد المترتبة علي هذا الانتفاع فمنها ما يلي:

١- من أهم المفاسد إتلاف الجنين محل الانتفاع، أي أن ذلك التصرف

(١) ويسمى بالإجهاض الطبيعي، وهو عملية طبيعية يقوم بها الرحم لطرد جنين لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة، ونسبته تساوي ٧٨% من حالات الحمل، ومن أسبابه الخلل في الجهاز التناسلي للمرأة، = مثل عيوب الرحم وأورامه، أو خلل في البويضة الملقحة، وذلك السبب يشكل من ٦٠ إلى ٧٠% من جميع حالات الإجهاض التلقائي، وهناك أمراض عامة في الأم كالبول السكري وأمراض الكلى المزمنة وغيرها. يراجع الجناية علي الجنين للمؤلف ص ١٧، ١٨.

(٢) تم في العصر الحديث استخدام أنسجة الأجنة لدراسة فروع مختلفة من العلوم، وعلي سبيل المثال في مجال دراسة السرطان تمت دراسة مستضدات الأورام الجينية، في كثير من أعضاء الأجنة مثل الدماغ والكبد والبنكرياس، وفي مجال دراسة الفيروسات استخدمت أعضاء الأجنة مثل الكبد والرئتين والكلى لعزل الفيروسات، وإنتاج اللقاحات الفيروسية المختلفة، وفي مجال الغدد الصماء استخدمت غدد الأجنة وخاصة الغدة الكظرية لإنتاج الهرمونات... وفي خلال الربع قرن الأخير بدأت الأبحاث تتجه إلي محاولة استخدام أنسجة الأجنة لمعالجة بعض الأمراض المزمنة وبدأ بذلك عهد نقل الأنسجة الجينية إلي منعطف جديد ملتحقاً بما يعرف بزرع الأعضاء، ومنذ بداية الثمانينات بدأ زرع خلايا من الغدة الكظرية في أدمغة مرضى الشلل الرعاش، كما تمكن العلماء من استخراج مواد فعالة لمداداة الحروق وغيرها من الأمراض الجلدية من غشاء السلى (غشاء الأمينون) والأغشية الأخرى المحيطة بالجنين. لمعرفة المزيد يراجع الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٠٠، ٢٠١.

يمنعه من أن يصير إلى التمام والكمال.

٢- كشف عورة المرأة التي يراد الانتفاع بجنينها.

٣- الضرر الذي يصيب المرأة نتيجة الإسقاط.

٤- امتهان كرامة الآدمي، بجعله محلاً للتشريح والتقطيع، أو باتخاذ ذلك ذريعة للمتاجرة بأعضائه.^(١)

الموازنة بين المصالح والمفاسد :

عند الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الانتفاع بالأجنة يتبين لنا رجحان القول بالجواز، لترجح جانب المصالح على جانب المفاسد، وبيان ذلك فيما يلي:

١- مفسدة إتلاف الجنين مفسدة موهومة، لأن الجنين في هذه المرحلة ليس آدمياً حيث لم تحله الروح، فلم يكن إسقاطه قتلًا لآدمي أو إيذاء له، ومن ثم لا يعد تفويتاً لحياة إنسانية، ولا يترتب عليه حرج غير محتمل للأُم والأب نظراً لأن هذا الأمر يكون برضاها، فلم يكن في الانتفاع بالجنين تفويت لمصلحة ضرورية أو حاجية تخص الجنين أو والديه.

٢- أما مفسدة كشف العورة فهي أقل في رتبها من مفاسد كثير من الأمراض العادية فضلاً عن الأمراض المستعصية، لهذا نجد الشارع أباح كشفها لضرورة الفحص الطبي وإجراء العمليات الجراحية.

^(١) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ١٠٥، ١٠٦ نقلاً عن بحث إجراء التجارب على الأجنة المجهضة للدكتور محمد علي البار ص ١، ٥، ٢١.

٣- أما الضرر الذي يلحق المرأة، فإن الضرر الواقع علي المريض الذي يراد أخذ عضو الجنين له أشد منه ومن القواعد الفقهيّة، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.^(١)

٤- وأما مفسدة المساس بكرامة الآدمي بجعله محلاً للتجارب، فقد سبق أن ذكرنا أن الجنين في هذه المرحلة ليس آدمياً، ولا جزءاً من آدمي لعدم نفخ الروح فيه، ثم إن معنى المساس بالكرامة يتوقف وجوده علي القصد من الأفعال التي تفعل بالآدمي، فهناك أفعال يمكن أن تسيء إلي كرامة الآدمي في حين أن نفس الأفعال إذا تغير القصد لا تكون مسيئة للكرامة، مثل تشريح الجثث إن تم بهدف إجراء التجارب العلميّة، أو الكشف عن جريمة لم يكن مسيئاً لكرامة الآدمي، وإن تم بقصد العبث أو لا لهدف مشروع كان مسيئاً لكرامة الآدمي، وكذلك أخذ أعضاء الآدمي أو دمه وإجراء التجارب عليه، كل ذلك يرجع إلي القصد منه فإن كان مشروعاً لم يكن مسيئاً، وإلا كان مسيئاً، فالأمور بمقاصدها.

٥- أما مفسدة اتخاذ ذلك ذريعة للمتاجرة في أعضاء الآدمي، فمردود بأن ذلك مرده إلي سوء التصرف، وأن كل مباح يمكن أن يساء استعماله، فلا يكون سبباً في التحريم، وإزالة هذه المفسدة الموهومة لا يكون بتحريم هذه التصرفات، بل بتشديد القيود والإجراءات الرقابية علي تلك التصرفات، وإلا لأدى ذلك إلي القول بتحريم الكثير من الأفعال الطبيّة خوفاً مما يكتنفها من محاذير.

(١) المجلة ج ١/ص ١٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١/ص ٣٦ المادة ٢٧.

أما إذا نظرنا إلى المصالح المترتبة علي استخدام الأجنة في زرع الأعضاء، أو في التجارب العلمية وجدنا أن بعضها يدخل في رتبة الضروريات، كما في حالات علاج الأمراض المستعصية، فهذه الأمراض تتسبب لأصحابها في حرج شديد، بل تفسد عليهم حياتهم، إن لم تفوتها بالكلية، كما أن بعضها يدخل في رتبة الحاجيات، وذلك عندما يتوقف الحصول علي كثير من المعارف الطبية، علي إجراء التجارب المعملية علي جثة الجنين، مما يكون سبباً في الوقاية من بعض العيوب والأمراض التي تنغص علي الإنسان حياته، بل قد تنزل منزلة الضروريات بسبب شمولها وعموم نفعها.

وبهذا يترجح جانب المصالح علي جانب المفساد في موضوع الانتفاع بالأجنة التي لم ينفخ فيها الروح فيكون القول بجواز هذه التصرفات، وجواز إسقاطها لهذا الغرض من حيث الجملة، هو الذي يتوافق مع مقاصد الشريعة، لكن مع ضرورة النظر إلي كل حالة علي حدة، فيستبعد من هذا الجواز الحالات التي تقتصر علي مصالح تحسينية أو أقل منها. (١)

الشروط الواجب توافرها لجواز الانتفاع بالأجنة:

إذا جاز استخدام الأجنة لزراعة الأعضاء، أو لإجراء التجارب العلمية تحقيقاً لمصالح راجحة، أو لدرء مفسدة، فإن ذلك الجواز ليس علي إطلاقه بل ينبغي أن يقيد بضوابط وشروط، وأهم هذه الشروط ما يلي:

(١) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ١٠٩ - ١١٣.

١- أن يغلب علي الظن تحقق مصلحة معتبرة للمريض الذي سيتم نقل عضو من أعضاء الجنين أو حاسة من حواسه إليه، أو تحقق مصلحة راجحة للمجتمع من وراء إجراء التجارب علي الجنين، وأن يكون فوات هذه المصالح أشد من مفسدة إتلاف الجنين.

٢- أن لا توجد طريق أخرى لتحقيق تلك المصالح، أو درء المفسد إلا الانتفاع بالأجنة، فإن أمكن العلاج بغير ذلك، أو أمكن تحقيق النتائج العلمية المرجو تحقيقها باستخدام غيره كأجنة الحيوان لم يجز إتلاف الجنين.

٣- أن لا يؤدي الانتفاع بالأجنة إلى اختلاط الأنساب، وإلا منع، إذ حفظ الأنساب من الضروريات التي أمرت الشريعة بالمحافظة عليها، فلا يجوز نقل خصية أو مبيض من الجنين إلي المريض، لأنه يؤدي إلي نسبة الولد إلي غير صاحب الخصية أو صاحبة المبيض.

٤- أن يكون ذلك الفعل بإذن أبوي الجنين ورضاهما. (١)

الانتفاع بالجنين الذي تكوّن خارج الرحم - طفل الأنابيب:

بسبب التقدم العلمي يتم الآن ما يسمى بالتلقيح الصناعي خارج الرحم، وذلك بأخذ بويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية ثم إخصابها في المعمل بحيوان منوي من الرجل، بوضعهما في أنبوب اختبار، وبعد تلقيحهما يتم نقلهما إلي رحم المرأة بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلي الرحم، وقذف البويضة فيه ليبدأ الحمل مساره

(١) المصدر السابق ص ١٢٠-١٢٦.

الطبيعي^(١) وهذه اللقيحة بعد ثبوتها في الرحم لا تختلف عن الجنين الذي تم تلقيحه بصورة طبيعية وينطبق عليها كل ما ذكر سابقاً في حكم الانتفاع بالجنين.

ما نريد الحديث عنه الآن هو أنه يتم تلقيح بويضات زائدة، فما حكم الانتفاع بهذه البويضات؟

الأصل في هذه اللقيحة هو حرمة إتلافها، ما لم يوجد مانع يمنع من غرسها في الرحم، لأنها إذا غرست فيه تصير إلى النمو والتخلق..

لكن إذا احتيج إلى هذه اللقيحة لإجراء بعض التجارب المعملية عليها أو لينتفع بها شخص ما لإنقاذ حياته، وتلك مصالح معتبرة، فإنه يرخّص في إتلافها^(٢)

لأن مفساد إتلاف هذه اللقيحة يقل كثيراً عن المفساد التي تترتب على إتلاف الجنين المستقر في الرحم قبل نفخ الروح فيه، فالانتفاع بهذه اللقيحة لا يستلزم كشف العورة، ولا يتسبب بمعاناة جسدية للمرأة التي أخذت منها البويضة، كما أنه يحقق كثيراً من المصالح التي سبق ذكرها - في الصورة السابقة - وهي مصالح بعضها يعد ضروري، وبعضها يعد حاجي^(٣)

(١) الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية د أحمد عمرو الجابري ص ٥٧ ط ١ دار الفرقان ١٩٩٤م. منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة ص ٦٤٥، ٦٤٦.

(٢) يشترط لذلك توافر الشروط التي سبق ذكرها في الصورة السابقة.

(٣) أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ص ١١٨.

المطلب السادس

إصدار القوانين، واشتراط توثيق العقود

أولاً: إصدار القوانين:

١- إصدار قوانين لحماية البيئة.

بسبب الزحام الشديد في كثير من المدن، وكثرة عوادم السيارات، تلوث الجو وصار غير صحي في العديد من المدن، مما ترتب عليه العديد من الأضرار الصحية والبيئية، ومما يزيد من هذه الأضرار إقامة العديد من المصانع والورش داخل الكتل السكنية الآهلة بالسكان، لهذا فإن لولي الأمر أن يصدر من القرارات واللوائح ما هو كفيل بمنع هذه الأضرار، ويحافظ علي البيئة.

فله أن يمنع من يريد إقامة مصنع مثلاً في منطقة آهلة بالسكان، إذا كان سيعترب علي إقامته ضرر بيئي وصحي لسكان المنطقة، كما أن له أن يصدر قرارات بنقل هذه المصانع والورش — من المناطق السكنية — إلي أماكن غير مأهولة بالسكان، أو بما يلزم أرباب هذه المصانع باتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع التلوث، حفاظاً علي البيئة من التلوث، والصحة العامة من الأضرار.

وهذه القرارات وإن كان فيها تقييد للمالك في استعمال ملكه، إلا أن فيها تحقيقاً للمصلحة العامة المتمثلة في دفع الضرر والفساد عن سكان المنطقة، بتفويت المصلحة الخاصة لصاحب المصنع أو الورشة.

فهذا القرار المصلحي بمنع إقامة المصانع - داخل الكتل السكنية -
يؤسس علي دليل المصلحة المرسلّة المتمثل في قاعدة تقديم المصلحة
العامة علي المصلحة الخاصة، ففيه تحقيق لمصلحة عامة، هي حماية
سكان المنطقة من أضرار المصنع، وهذه المصلحة باعتبارها حقيقة
واقعية لم يشهد لها بعينها أو نوعها نص معين، وإما شهد لجنسها
معقول عدد من نصوص الوحي.(١)

٢- إصدار قوانين لتنظيم المرور والمواصلات:

يعد دليل المصالح المرسلّة أداة منهجية مهمة في عملية اتخاذ
القرارات اللازمة لمواجهة وقائع الحياة المتجددة ، والظواهر
المستحدثة، حيث يتمكن أولو الأمر عن طريقه من أن يشرعوا للأمة
ما يحقق مصلحتها ويلبي حاجتها العارضة ومطالبها المتجددة إذا لم
يوجد دليل خاص من الكتاب أو السنة أو الإجماع.(٢)

ومع كثرة حوادث السير في عالمنا اليوم، وزيادة أخطارها علي
أرواح الناس، وممتلكاتهم، بسبب كثرة أعداد السيارات الذي ينتج عنه
ازدحام شديد في طرق الكثر من المدن، أو بسبب تهور بعض
سائقي المركبات، أو عدم صلاحيتهم لقيادتها، وإعمالاً لدليل المصلحة
المرسلّة - حيث لا يوجد علي هذه المستجدات نص معين، وتحتاج
إلي قرارات تحقق منفعتها وتدرأ مفسدتها - كان لزاماً علي ولي
الأمر، ومن ينوبون عنه سن القوانين واللوائح التي تنظم عملية

(١) المصلحة العامة من منظور إسلامي د فوزي خليل ص ١٩٤، نقلاً عن نظرية المصلحة
في الفقه الإسلامي د حسين حامد حسان ص ٥٧.

(٢) المصلحة العامة من منظور إسلامي ص ٢١٤.

تسيير هذه المركبات، دفعاً لهذه الأخطار عن الناس وعن ممتلكاتهم ، بداية من إصدار التراخيص لهذه المركبات، والتحقق من سلامة الأجهزة، وقواعد نقل الملكية والاحتياط الكافي عند منح رخص القيادة بالشروط الخاصة بالنسبة للسن والقدرة الصحية والبصرية، والدراية بقواعد المرور والتقييد بها، وتحديد السرعات المطلوبة لكل مركبة، والتي تتناسب مع الطرقات التي تسيير عليها، وتحديد حمولة بعض المركبات بما يحقق شروط الأمن للجميع، وأن علي أفراد المجتمع الالتزام بتلك الأنظمة التي تحقق لهم المصالح وتدفع عنهم المفسد، كما أن لولي الأمر أن يضع من القوانين واللوائح ما يكون كفيلاً بردع من تسول له نفسه مخالفة تلك القواعد.

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي: (١) في دورة مؤتمره الثاني المنعقد في بروناي - دار السلام من ٢١ إلى ٢٧ يونيو ١٩٩٣ م. حيث جاء في نص القرار ما يلي:

١- إن الالتزام بتلك الأنظمة التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية واجب شرعاً، لأنه من طاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءات، بناءً علي دليل المصالح المرسله.

٢- مما تقتضيه المصلحة أيضاً سن الأنظمة الزاجرة بأنواعها، ومنها التعزير المالي لمن يخالف تلك التعليمات المنظمة للمرور، لردع من يعرض أمن الناس للخطر في الطرقات والأسواق من أصحاب المركبات، ووسائل النقل الأخرى، أخذاً بأحكام الحسبة.

(١) مجلة المجمع ع/ ٨ ج ١٧١/٢، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة للقطاني ص ٦٢٠.

والذي ينبغي ملاحظته أن المصلحة المرسلّة هي دليل الالتزام بالأنظمة المرورية التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، لما في الالتزام بها وطاعة ولي الأمر فيما ينظمه من إجراءاتها من حفظ لمقصود الشارع في الأنفس والأموال، ولو أدي الأمر إلي سن العقوبات الزاجرة لمن يخالف تلك الأنظمة المصلحية^(١)

ثانياً: اشتراط توثيق العقود:

كان الناس قديماً لا يوثقون العقود ومنها عقد الزواج، بل ما كانوا يكتبونها، حيث كان العقد يتم بمجرد استيفاء شروطه وأركانه — وقد أفاض الفقهاء في الحديث عن الشروط الواجب توافرها في كل عقد من العقود — ولم يكن من بينها شرط التوثيق، ومرد ذلك إلي غلبة الوازع الديني، وشيوع الصديق والأمانة والوفاء بالعهود في كل شئونهم العامة والخاصة، أما الآن فقد ضعف الوازع الديني عند الكثير من الناس، فشاع فيهم الكذب، وحلت الخيانة محل الأمانة، ونقضت العهود، وخربت ذمم الكثيرين إلا ما رحم ربي، لهذا كان الناس في حاجة ماسة إلي توثيق العقود، لحفظ حقوقهم عن الضياع، فما مدي مشروعية هذا الشرط؟

١- اشتراط توثيق عقد الزواج:

عملت الشريعة الإسلامية علي صيانة عقد الزواج والمحافظة عليه، حفظاً وصيانة للأسرة المسلمة، فهو عقد مقدس، ورباط غليظ، لهذا أحاطته بسياج من الشروط والضوابط، منعاً لوقوع أي خلل يمكن أن

(١) منهج استنباط أحكام النوازل الفقهيّة المعاصرة للقحطاني ص ٦٢٢.

يؤثر علي العلاقة الزوجية

— وقد أفاض الفقهاء في الحديث عن هذه الشروط والأركان (١) لكنهم لم يذكروا الكتابة أو التوثيق كشرط من شروط العقد.

فاشترط توثيق عقد الزواج من الأمور المستجدة، دعت إليه ضرورة الحياة اليوم، فقد قلّ الوازع الديني، مما يخشى معه من ضياع حقوق المرأة، في حال الطلاق أو موت الزوج، وحدوث مشاكل أو نزاعات بينها وبين الزوج أو الورثة، أو في حال رغبة أحد الزوجين التنصل من مسؤولياته الزوجية تجاه الآخر.

وبإمعان النظر في هذا الشرط نجده شرطاً صحيحاً، لا يخالف نصاً من كتاب أو سنة، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((المسلمون علي شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)) (٢)

كما أنه لا يخالف مقتضى العقد، بل يتوافق معه، ويلاءم مقصوده المتمثل في حفظ النسل، وحفظ المال، فالتوثيق تأكيد وتقرير لعقد الزواج، وصيانة له عن التنازع والخلاف.

من هنا يمكن القول إن اشتراط توثيق عقد الزواج يحقق مصالح معتبرة، مقصودة للشارع الحكيم، تتمثل في صيانة الحقوق

(١) جاء في الروض المربع ج ٣/٦٩-٧٦: أن شروط النكاح أربعة - تعيين الزوجين - رضاهما ٣- الولي ٤- الشهادة. وفي مطالب أولي النهي ٥١/٥ - ٨٣ شروط النكاح خمسة بزيادة خلو الزوجين من الموانع، ويراجع: ، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ج ١/ص ٤٣٦، الإقناع للماوردي ج ١/ص ١٣٤ وقال الحنفية: أن الولي ليس من شروط صحته. يراجع: حاشية ابن عابدين ج ٣/ص ٥٤.

(٢) سنن البيهقي الكبير ج ٧/ص ٢٤٨، المعجم الكبير ج ١٧/ص ٢٢، وفي سنن الدار قطني ج ٣/ص ٢٨، عن أنس بن مالك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ (المسلمون على شروطهم ما وافق الحق من ذلك)

الماليّة للزوجة عن الضياع، كما تتمثل في صيانة عرضها عن أي اتهامات يمكن أن تثور عند تنازع الزوجين، أو عند تنازعها مع الورثة بعد موت الزوج، فيما لو شكك الورثة في أصل العقد، كما أنها تتمثل في صيانة نسب الأولاد عن التشكيك، حيث تصبح الوثيقة هي أهم دليل لإثبات عقد الزواج، ونفي التهم، والتالي ثبوت النسب.

وكل هذه مصالح مقصودة للشارع الحكيم، لهذا وعملاً بمقتضى المصلحة ينبغي أن نأخذ بمشروعية هذا التوثيق، وعلي ولي الأمر سن القوانين واللوائح المنظمة لذلك، والملزّمة به، ولا يحق لأحد أن يمتنع من توثيق عقد الزواج بحجة عدم ورود نص يدل على مشروعيتها، فطاعة ولي الأمر فيما أمر به واجبة ما لم يأمر بمعصية، وليس في ذلك الأمر معصية، بل فيه تحقيق لمصالح مقصودة للشارع الحكيم^(١)

٢- توثيق الممتلكات:

أمر الله سبحانه بكتابة الديون في قوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٢) وجمهور العلماء على أن الإشهاد على المبايعة وكتابة الدين أمر مندوب إليه لا واجب، ويدل لذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾^(٣) لهذا كانت تتم العقود والمداينات بدون كتابة أو إشهاد، اعتماداً على توافر الأمانة، وقوة الوازع الديني، أما الآن وقد ضعف الوازع الديني وضاعت الأمانة إلا من رحم

(١) يراجع في هذا المعنى المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفها وتطبيقاتها المعاصرة ص ٨٢-٨٩.

(٢) البقرة بعض آية ٢٨٢.

(٣) ويرى البعض حملة على الوجوب، بينما ذهبت طائفة إلى القول بالنسخ. التفسير الكبير ج ٧/ص ٩٦، أضواء البيان ج ١/ص ١٨٥.

الله، فإن المصلحة تقتضي ضرورة الكتابة والتوثيق للممتلكات حفظاً لها من الضياع، وصيانة للحقوق من أن يتعدى عليها، فلولي الأمر أن يصدر من القوانين ما هو كفيل بتنظيم وصيانة هذه الحقوق، إذ في ذلك تحقيق لمصالح مقصودة للشارع الحكيم، تتمثل في حفظ المال، وهو من الضروريات التي أوجبت الشريعة حفظها.

وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، كما أنه يحقق مصلحة أخرى تتمثل في منع المشاحنات والمنازعات التي يمكن أن تحدث نتيجة لعدم الاستيثاق لهذه الحقوق (١)

(١) المصالح المرسلة مفهومها ومجالات توظيفها وتطبيقاتها المعاصرة ص ٨٢.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة أمكن استنتاج ما يلي:

- ١- أن الشريعة الإسلامية بوصفها الشريعة الخاتمة، صالحة لكل زمان ومكان، وأنها بما تتمتع به من مرونة قادرة علي وضع الحلول الشرعية لكل ما يستجد من حوادث ونوازل.
- ٢- أن الشريعة الإسلامية هدفت إلي تحقيق مصالح الناس وجلب الخير لهم في العاجل والآجل، كما هدفت إلي دفع كل ما فيه أذى ومفسدة عنهم، يظهر ذلك جلياً من خلال التكاليف الشرعية، فكل ما يحقق لهم مصلحة أمرت بفعله، وكل ما فيه مفسدة وضرر لهم أمرت بتركه، وإن لم يظهر لهم ذلك، أو بدا للبعض بخلافه،
- ٣- أنه ما من شيء يحقق نفعاً خالصاً، أو ضرراً خالصاً، بل كل فعل يترتب عليه نفع وضرر، والحكم للغالب منهما، فما غلب نفعه كان نافعاً فيعد مصلحة يجب العمل علي تحصيلها، وما غلب ضرره كان مفسدة يجب العمل علي دفعها.
- ٤- لا ينبغي أن ينظر إلي المصلحة التي راعتها الشريعة علي أنها لذة موافقة لهوى النفوس، محصلة لرغباتها المادية، لأن الرغبات مختلفة والأهواء متباينة، والتشريع لا يخضع للأهواء والرغبات، وإنما يراد بها المصلحة التي تنتظم وتصلح بها الحياة الدنيا طلباً لصلاح الآخرة.
- ٥ - أن المراد بالمصالح المرسلّة هو تلك المصالح التي تلائم مقصود الشارع، والتي شهدت النصوص العامة والقواعد الكلية لاعتبار

جنسها.

وأنها بهذا المعنى حجة ودليل تبنى عليه الأحكام الشرعية عند جمهور أهل العلم.

٦- أنه لا يعمل بدليل المصالح المرسلّة ولا يحتج به إلا إذا توافر له جملة من الشروط والضوابط، وذلك لضمان حسن استخدام هذا الدليل، ومنع أهل الأهواء من اتخاذ العمل به ذريعة ومدخلاً إلى الدين يحققوا من خلاله شهواتهم ورغباتهم.

٦- عند تعارض المصالح يجب تقديم الأهم منها على المهم، فالمصالح ليست في درجة واحدة، فمنها الضروري ومنها الحاجي ومنها التحسيني، وهي متفاوتة بحسب هذا الترتيب، كما أن الضروريات ليست في درجة واحدة، بل هي متفاوتة فيما بينها، وهكذا الحاجيات والتحسينيات، لهذا يجب مراعاة ترتيب المصالح عند التعارض.

٧- أن دليل المصالح المرسلّة من أهم الأدلة التي يعتمد عليها الفقيه لاستنباط الحكم الشرعي لمعظم المسائل المستجدة - التي لم يوجد لها نص يبين حكمها، أو أصل تقاس عليه - كما أنه يمكن استخدامه للترجيح بين الآراء في مسائل الخلاف، والتي يمكن تغيير الحكم فيها بتغير الأعراف والأزمان.

{ وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين }

{ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ }

المصادر

١. أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة د محمد نعيم ياسين، دار النفائس، الأردن
٢. الإبهاج في شرح المنهاج تأليف علي بن عبد الكافي السبكي وولده علي منهاج الوصول إلي علم الأصول للبيضاوي، ط ١ دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٤هـ.
٣. أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي د مصطفى ديب البغا، دار الإمام البخاري دمشق سوريا.
٤. أحكام جراحة التجميل ، د./ محمد عثمان شبير ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، الكويت عدد ٩ السنة الرابعة.
٥. أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، د./ الشنقيطي، نشر مكتبة الصحابة جدة.
٦. الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ، د./ محمد خالد منصور ، دار النفائس الأردن.
٧. الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الأمدي، دار الكتاب العربي ١٤٠٤هـ ط ١ تحقيق د سيد الجميلي.
٨. أخلاقيات التلقيح الاصطناعي للبار، الدار السعودية جدة ١٤٠٧هـ
٩. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم ، ط دار الكتب العلمية بيروت

١٠. الأشباه والنظائر تأليف عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي دار الكتب العلمية بيروت، ط ١/ ١٤٠٣ هـ.
١١. إرشاد الفحول لمحمد بن علي الشوكاني، مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ط ١ ١٩٩٢ م.
١٢. أصول الفقه الإسلامي د محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية بيروت.
١٣. الاعتصام لأبي إسحاق الشاطبي، المكتبة التجارية الكبرى مصر.
١٤. الإقناع للماوردي
١٥. بحوث في الفقه المعاصر ، تأليف حسن الجواهري، دار الذخائر بيروت ، ط أولى.
١٦. بحوث فقهية معاصرة، الترقيع الجلدي وبنوك الجلود - د محمد عبد الغفار الشريف، دار ابن حزم
١٧. البرهان في أصول الفقه لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، دار الوفاء المنصورة مصر ١٤١٨ هـ ط ٤.
١٨. تاج العروس من جواهر القاموس تأليف محمد مرتضى الزبيدي، دار الهداية تحقيق مجموعة من المحققين.
١٩. التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب ، ط دار الفكر.
٢٠. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف فخر الدين عثمان بن علي

- الزليعي، دار الكتاب الإسلامي القاهرة ١٣١٣هـ.
٢١. التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب تأليف فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي، دار الكتب العلمية بيروت، ط ١/١٤٢١هـ.
٢٢. تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير باد شاه، ط دار الفكر بيروت.
٢٣. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة القيرواني، تأليف صالح عبد السميع الأزهرى، المكتبة الثقافية بيروت.
٢٤. الجامع لأحكام القرآن تأليف أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الشعب، القاهرة.
٢٥. الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية د أحمد عمرو الجابري، ط ١ دار الفرقان ١٩٩٤م
٢٦. جمع الجوامع لابن السبكي، مطبعة البابي الحلبي، مصر.
٢٧. الجناية علي الجنين - الإجهاض - د أحمد عبد الحي محمد. مطبعة الصفا والمروة، أسيوط.
٢٨. الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ، د./ محمد السعيد رشدي ، دار الفتح للطباعة ، عين شمس الشرقية.
٢٩. حاشية رد المحتار علي الدر المختار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت ١٤٢١هـ.
٣٠. حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية د أحمد فراج

حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية مصر ١٩٦٢م

٣١. خلق الإنسان بين الطب والقرآن د محمد علي البار، ط٦ الدار السعودية للنشر جدة ١٩٨٦هـ .

٣٢. درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت.

٣٣. رأي الأصوليين في المصالح المرسلّة والاستحسان من حيث الحجية، أد زين العابدين العبد ط١ ٢٠٠٤ م دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية.

٣٤. الروض المربع بشرح زاد المستقنع، تأليف منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩٠هـ.

٣٥. روضة الناظر وجنة المناظر لأحمد بن محمد بن قدامة، ط٢ جامعة الملك محمد بن سعود ١٣٩٩هـ

٣٦. سنن الدرامي عبد الله بن عبد الرحمن، دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٧هـ ط١ تحقيق زمزلي.

٣٧. السنن الكبرى لأحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، تحقيق محمد عبد القادر عطا.

٣٨. السنن لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الفكر بيروت تحقيق محمد محي الدين.

٣٩. السنن لأبي عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين.

٤٠. شرح تنقيح الفصول للقرافي تحقيق طه عبد الرؤوف مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٩٣هـ.
٤١. شرح القواعد الفقهية تأليف أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ٢/ ١٤٠٩هـ تحقيق وتعليق مصطفى أحمد الزرقا.
٤٢. شرح المحلى على منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة، ط الدار السلفية.
٤٣. صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٣هـ ط ٢ تحقيق شعيب الأرنؤوط.
٤٤. صحيح مسلم تأليف مسلم بن الحجاج النيسابوري، دار إحياء التراث العربي بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
٤٥. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د محمد سعيد رمضان البوطي ط ٦/ ٢٠٠٠م مؤسسة الرسالة، بيروت ط ٦/ ١٤٢١هـ الدار المتحدة.
٤٦. غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر تأليف أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد مكي الحموي، دار الكتب العلمية بيروت ط ١/ ١٤٠٥هـ تحقيق أحمد ابن محمد الحموي .
٤٧. الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية القاهرة، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
٤٨. الفتاوى الهندية المسماة بالعالمكيرية للشيخ نظام وجماعة من

علماء الهند ، دار إحياء التراث العربي

٤٩ . الفقه الإسلامي وأدلته د./ وهبة الزحيلي، ط دار الفكر دمشق سوريا.

٥٠ . فقه النوازل — قضايا فقهية معاصرة — تأليف بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة بيروت ط ١ / ١٤٢٢هـ —.

٥١ . الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة ، د./ شوقي عبده الساهي ، دار إحسان للطباعة والنشر.

٥٢ . القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، مؤسسة الرسالة بيروت.

٥٣ . قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مكتبة الفارابي دمشق سوريا ط ١ / ١٤١٢هـ —.

٥٤ . قواعد الأحكام في مصالح الأنام تأليف أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، دار الكتب العلمية بيروت.

٥٥ . قواعد الفقه تأليف محمد عليم الإحسان المجددي البركتي، دار النشر الصدف بليشرز، كراتشي ط ١ / ١٤٠٧هـ —.

٥٦ . كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، تحقيق إبراهيم عبد الحميد ، ط عالم الكتب.

٥٧ . كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تأليف علاء الدين علي بن حسام لدين الهندي، دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٩هـ —، تحقيق محمود الدمياطي.

٥٨. لسان العرب لابن منظور محمد بن مكرم، دار صادر بيروت ط ١.
٥٩. مجلة الأحكام العدلية تأليف جمعية المجلة، دار النشر كارخانة تجارة كتب تحقيق نجيب هواويني.
٦٠. المحصول في علم الأصول تأليف محمد بن عمر بن الحسين الرازي، ط ١ تحقيق جابر فياض، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض ١٤٠٤هـ.
٦١. مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان بيروت ١٩٩٥.
٦٢. مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية للبعلي، مط السنة المحمدية بمصر ١٣٨٦هـ.
٦٣. المدخل الفقهي وتاريخ التشريع الإسلامي للصابوني وآخرين، مكتبة وهبه عابدين القاهرة.
٦٤. المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٠م ط ١ تحقيق محمد عبد القادر عطا.
٦٥. المستقصى في علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، ط ١ دار الكتب العلمية بيروت تحقيق محمد عبد السلام.
٦٦. المسند للإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مؤسسة قرطبة، مصر.
٦٧. مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري بين الشريعة والقانون ، د./ محمود محمد عبد

العزیز، مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية.

٦٨. المصالح المرسلّة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي د محمد أحمد

بو ركاب ط ١ سنة ٢٠٠٢م دار البحوث للدراسات الإسلامية

وإحياء التراث، الإمارات العربية دبي.

٦٩. المصالح المرسلّة مفهومها ومجالات توظيفها وتطبيقاتها المعاصرة

د قطب مصطفى سائو، دار ابن حزم بيروت ط ٢٠٠٦، ١م.

٧٠. المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية

بيروت.

٧١. المصلحة العامة من منظور إسلامي د فوزي خليل، مؤسسة

الرسالة، بيروت ط ١ / ١٤٢٤هـ، دار المؤيد، جدة .

٧٢. مصنف لابن أبي شيبّة أبو بكر عبد الله بن محمد، مكتبة الرشيد،

الرياض ١٤٠٩هـ ط تحقيق كمال يوسف الحوت .

٧٣. المصنف لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، المكتب الإسلامي

بيروت ١٤٠٣هـ، ط ٢، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي.

٧٤. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف مصطفى

السيوطي، المكتب الإسلامي دمشق ١٩٦١م.

٧٥. المعجم الكبير لسليمان بن أحمد الطبراني، مكتبة الزهراء الموصل

١٤٠٤هـ ط ٢ تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي..

٧٦. ، المعجم الأوسط لسليمان بن أحمد الطبراني، دار الحرمين

القاهرة ١٤١٥هـ تحقيق طارق بن عوض الله وعبد المحسن

الحسيني.

٧٧. المعجم الوسيط تأليف إبراهيم مصطفى وآخرين تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

٧٨. مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة لابن قيم الجوزية، ط دار الكتب العلمية بيروت

٧٩. منهج استنباط أحكام النوازل الفقهيّة المعاصرة دراسة تأصيلية تطبيقية د مسفر بن علي القحطاني، دار ابن حزم بيروت ط ١، ٢٠٠٣..

٨٠. الموافقات في أصول الشريعة تأليف إبراهيم بن موسى اللخمي أبو إسحاق الشاطبي، دار المعرفة بيروت تحقيق عبد الله دراز.

٨١. الموطأ لمالك بن أنس الأصبحي، دار إحياء التراث العربي مصر تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي

٨٢. الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء د محمد علي البار، ط ١، دار القلم ١٤١٤هـ

٨٣. موقع القرضاوي على شبكة الإنترنت - الشريعة والحياة - الجراحة التجميلية

٨٤. نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراة، د. / محمد زين العابدين طاهر.

